This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

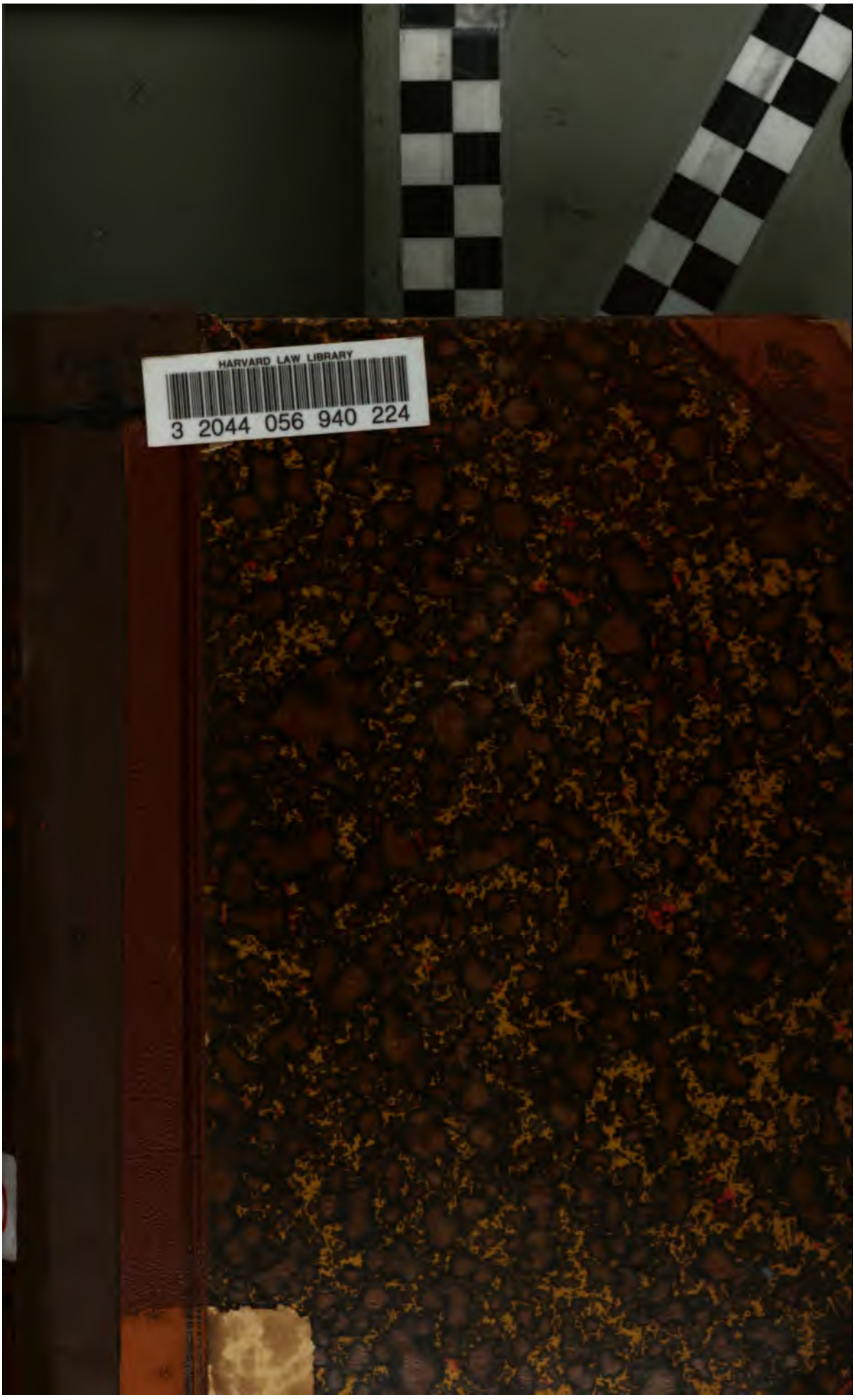
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

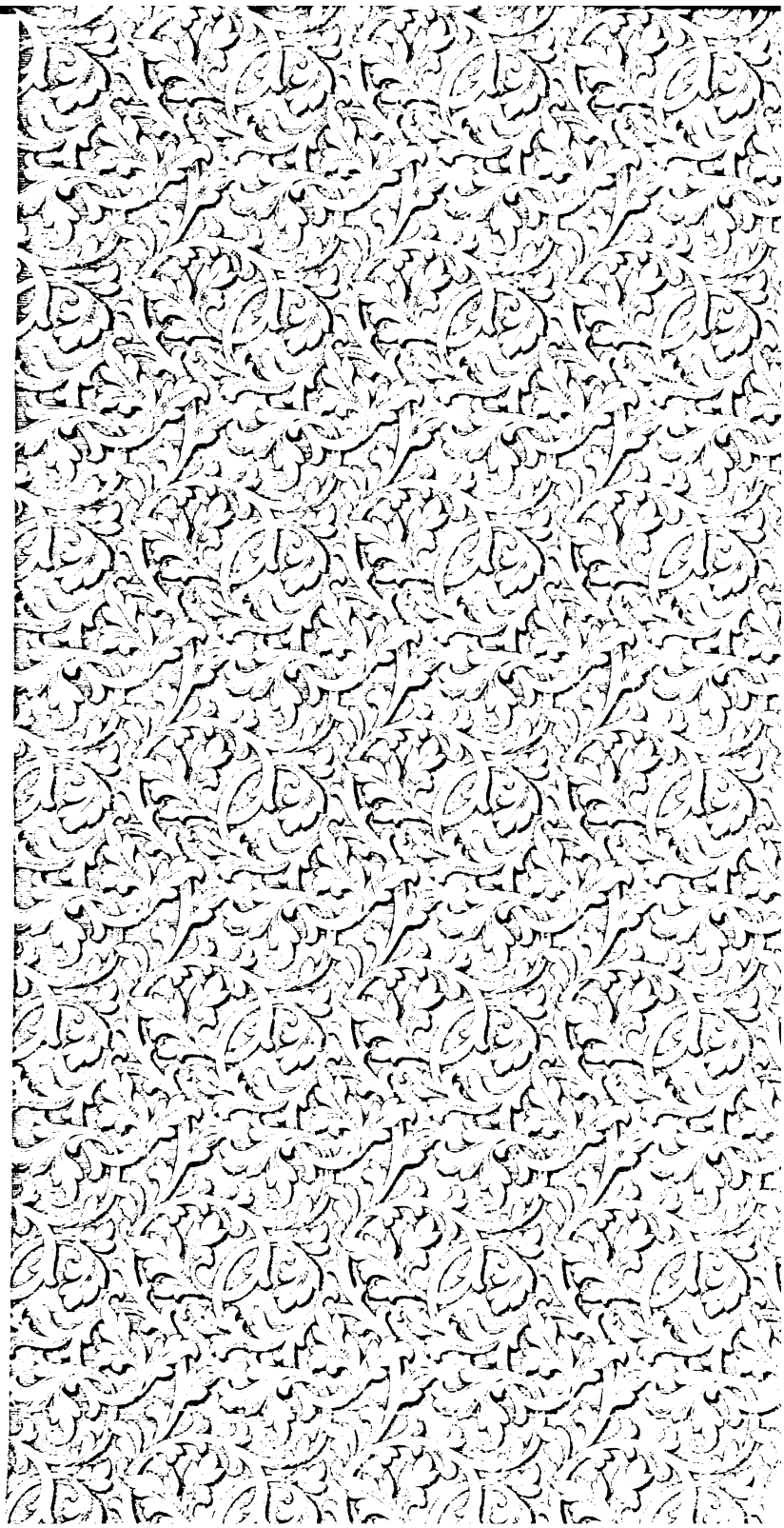
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 940 224

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Dec. 23, 1904.



Gesammelte

kleinere Schriften

über

Strafrecht, Civil- und Strafprocess.

Von

Dr. Julius Glaser

Sections-Chef im k. k. Ministerium für Cultus und Unterricht.

Erster Band.

Wien, 1868.

Verlag von Tendler & Comp.

(Julius Grosser).

Rec. Dec. 23, 1904

Vorwort.

Wenn ich in diesem Bande und einem zweiten, der ihm unverzüglich folgen wird, eine Anzahl von Arbeiten gesammelt wiedervorführe, welche innerhalb der letzten 17 Jahre aus den verschiedensten Anlässen entstanden und bisher entweder nur in Zeitschriften oder gar nicht veröffentlicht wurden, so komme ich damit nur einer wiederholten Aufforderung des Herrn Verlegers nach. Ich thue es nicht ohne Bedenken; denn ich fühle zu lebhaft, wie wenig die einzelnen Arbeiten geeignet seien, jenem strengen Urtheil ausgesetzt zu werden, das eine solche Wiedervorführung herauszufordern scheint. Ueberdies war es nicht zu vermeiden, daß Vieles aufgenommen wurde, was die Fortführung auf den heutigen Stand der Gesetzgebung und Literatur vermissen läßt.

Trotzdem konnte ich, sobald ich auf die gewagte Unternehmung einmal einging, darüber nicht zweifelhaft sein, daß eine treue Wiederveröffentlichung der einzelnen Arbeiten stattfinden müsse, daß keinerlei Versuch gemacht werden dürfe, den ursprünglichen Charakter der einzelnen Schrift zu ändern, und dadurch die Beurtheilung ihres Verhältnisses zu den Zeitumständen, unter denen sie entstand, und zur nachfolgenden Entwicklung der Dinge zu beeinträchtigen. Eben so wenig hielt ich mich berechtigt, die bessere oder schlechtere Meinung, die ich mir über Einzelnes gebildet, über die Aufnahme desselben entscheiden zu lassen. Hinweggeblieben sind daher nur solche bereits gedruckte Arbeiten, welche selbstständig in den Buchhandel gelangten, und solche, die ihrer Natur nach vorübergehenden Zwecken dienten, wie z. B. die in Halmerl's Magazin veröffentlichten Berichte über die Wirksamkeit des k. k. Cassationshofes, zahlreiche

Arbeiten in der Allg. österr. Gerichtszeitung, namentlich aber Bücheranzeigen. Nur dann glaubte ich Arbeiten der letzteren Art aufnehmen zu sollen, wenn die Besprechung von Büchern lediglich den Anknüpfungspunkt zur Darlegung selbstständig gebildeter Ansichten bot.

Eine im Jahrgang 1867 des „Gerichtssaal" veröffentlichte Abhandlung über die Versetzung in den Anklagestand ward nur in ihrer ersten Hälfte hier (S. 330 ff.) wieder abgedruckt, die zweite glaubte ich weglassen zu sollen, weil sie Reformvorschläge enthält, welche der Sache nach genau mit denjenigen zusammenfallen, die sich in dem dem zweiten Bande vorbehaltenen Motivenelaborat zum Entwurfe einer Strafproceßordnung wiederfinden. Ganz aus demselben Grunde ist auch meine im Jahre 1862 gedruckte amtliche Denkschrift über das Rechtsmittel der Berufung in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht aufgenommen worden: sie ist umgearbeitet in das erwähnte Motivenelaborat übergegangen, und neben diesem wird auch jene kleinere Partie, bei der dies nicht geschehen konnte, ihren Platz finden.

Wien, den 19. März 1868.

Julius Glaser.

Inhalt.

		Seite
I.	Ueber Aufgabe und Behandlungsweise der Wissenschaft des österreichischen Strafrechts (1854)	1
II.	Anselm v. Feuerbach (1858)	19
III.	Ueber das Verhältniß von Theorie und Praxis im Strafrecht (1857)	63
IV.	Ueber die Stellung des österr. Strafgesetzes gegenüber der Lehre vom indirecten Vorsatz (1855)	73
V.	Zur Lehre vom Dolus des Anstifters (1858)	109
VI.	Ueber Thäterschaft und Beihilfe (1864)	127
VII.	Zur Lehre von der Miturheberschaft (1865)	157
VIII.	Ueber die Todesstrafe (1862)	177
IX.	Ueber Nothwehr (1858)	193
X.	Die Aufhebung der Zinstaxe und die Abänderung des Wuchergesetzes in Oesterreich (1867)	213
XI.	Ueber die Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen in der Hauptverhandlung (1851)	249
XII.	A. Ueber die Versetzung in Anklagestand bei schweren Verbrechen (1852)	279
	B. Die Versetzung in Anklagestand nach den deutschen Strafproceßgesetzen (1867)	330
XIII.	Ueber die Specialuntersuchung (1858)	373
XIV.	A. Das Princip der Strafverfolgung (1860)	427
	B. Replik wider Freih. v. Groß (1861)	449
XV.	Ueber die Mittheilung von Ergebnissen eines Strafprocesses an Private (1855)	469
XVI.	Die unmittelbare Vorladung im französischen Strafprocesse (1856)	479
XVII.	Die Vorbereitung der Hauptverhandlung im franz. Schwurgerichtsverfahren (1866)	491

I.

Ueber Aufgabe und Behandlungsweise

der

Wissenschaft des österreichischen Strafrechts.

Ueber Aufgabe und Behandlungsweise der Wissenschaft des österreichischen Strafrechts.

Eine Antrittsrede, gehalten bei Eröffnung der Vorlesungen über österreichisches Strafrecht am 9. October 1854.

(Zuerst abgedruckt in den österreichischen Blättern für Kunst und Literatur 1854.)

Die Wissenschaft, die das Recht und insbesondere das Strafrecht zum Gegenstande hat, beherrscht nicht ihren Gegenstand, sie wird von ihm beherrscht.

Sie kann sich nicht vermessen, von allem Aeußerlichen zurückgezogen, aus sich heraus neue Welten zu bauen. Sie muß dem Leben und seinen unzähligen Verwicklungen sich anschließen; sie muß den tausendfach verschlungenen schwarzen Linien nachgehen, die das Laster durch alle menschliche Dinge zieht; sie muß nur allzuoft von der lichten Seite derselben, von Allem, woran nur zu denken uns besser und glücklicher macht, sich abwenden, und sich mit dem beschäftigen, was sonst nur die Verworfensten berühren mögen.

Die Befriedigung, die das bloße Wissen sonst gewährt, darf man also bei ihr nicht suchen. Sie ist eine praktische Wissenschaft; sie muß Anspruch darauf machen können, daß ihre Resultate fürs Leben, fürs Handeln, nicht blos fürs Wissen Bedeutung erhalten, daß sie aus der Welt der Bücher in die der Acten, aus dem Lehrsaal in den Gerichtssaal übergehen, daß sie mit einem Worte die Anwendung der Rechtsregeln auf das Leben bestimme. Kann sie das nicht erlangen, so hat sie kein Recht auf Existenz, ja sie existirt gar nicht.

Das alles darf uns aber nicht bestimmen, den Begriff der Wissenschaft — und ihr allein sind diese Räume geweiht — minder streng zu nehmen: ihren stolzen Namen bloßen Fertigkeiten beizulegen, und für die Wissenschaft, die bewußtes Anschauen eines Ganzen ist, die Kenntniß eines Aggregates von gleichartigen Gegenständen, wie sie eben Zufall und Bedürfniß aneinander reihte und zusammenhielt, zu nehmen

— die Wissenschaft des Strafrechts mit einer solchen Kenntniß strafrechtlicher Satzungen zu verwechseln.

Allein — wir dürfen es uns nicht verhehlen — die große Mehrheit der Bevölkerungen hat zu allen Zeiten mit der letzteren auskommen zu können gemeint, und sie dem geschlossenen System der Juristen, der Selbstständigkeit wissenschaftlicher Anschauung beharrlich entgegengesetzt.

Die alte germanische Denkungsweise, welcher die Zunge des causarum patronus eine zischende Schlange war, und welche der Reception des römischen Rechtes viele Jahrhunderte später sich so beharrlich entgegenstellte, hatte sich auch durch den Sieg des letzteren nicht irre machen lassen.

Die gründliche Umgestaltung aller europäischen Verhältnisse, welche das 16. und 17. Jahrhundert herbeigeführt hatten, gaben ihr neue bereitwillig ergriffene Waffen. Es schien — und wahrlich nicht blos dem großen Haufen, sondern weisen Männern, Leuchten ihres Jahrhunderts — die Zeit gekommen, das Rechtsbewußtsein Aller an die Stelle der Rechtswissenschaft treten zu lassen, mittelst der Presse, durch allgemein bekannte Gesetze, die Orakelsprüche der Juristen entbehrlich zu machen. Man muß wohl gestehen, daß von dem Versuch, aus welchem bekanntlich gleich die erste umfassende Codification, die preußische, hervorgegangen ist, einiger Erfolg erwartet werden durfte. Gelang aber dieser Versuch — war es möglich, die Antwort auf alle Fragen, welche das Leben stellen kann, schon voraus bestimmt und deutlich zu geben und durch Gesetze zur Kenntniß Aller, besonders der Richter, zu bringen; war es möglich, daß diese Gesetzgebung neben allen Veränderungen, welche die Zeit herbeiführt, gleichen Schrittes einhergehe, ja ihnen zuvorkomme; war es möglich, was einer der Vorfechter dieser Neuerung verlangt, einen Zustand herzustellen, „wo eine buchstäbliche Sammlung der Gesetze, die buchstäblich beobachtet werden müssen, dem Richter nur die Obliegenheit läßt, die Handlungen der Bürger zu prüfen und sie für gesetzmäßig oder gesetzwidrig zu erklären, wo jene Norm des Rechts und Unrechts, welche die Handlungen des unwissenden wie des philosophisch gebildeten Bürgers leiten soll, nicht mehr Gegenstand einer Streitfrage sein kann, sondern thatsächlich feststeht," — war das möglich: so war es zu Ende mit der Wissenschaft des Strafrechts und es trat die Fertigkeit, das Strafgesetzbuch des Landes zu handhaben, an ihre Stelle. Besteht ein Gesetz, das diese Bestimmung hat, so kann von einer Wissenschaft nur die Rede sein, wenn sie entweder eine Namensverwechslung im vorer-

wähnten Sinne sich gefallen läßt, oder jeden schwachen Augenblick des Gesetzgebers erspähend unter dem Vorwand der Gesetzesauslegung sich da einschleicht, wo ihr in ihrer unverkürzten Wirksamkeit der Eintritt geradezu verboten ist. Das letztere wird wohl Niemand rechtlich nennen, weder das Eine noch das Andere Jemand dem Ernst und der Würde der Wissenschaft angemessen finden.

Es ist also eine sehr ernste Frage, die wir uns heute zu stellen haben, ob die österreichische Strafgesetzgebung der Wissenschaft die Stellung einräumen wollte, die sie in Anspruch nehmen muß, oder ob sie es ihr zur Pflicht macht, sich zurückzuziehen?

Wenn ich diese Frage, die Frage nach der Existenz einer Wissenschaft des österreichischen Strafrechts — einer Wissenschaft, die zur Verehrung des Gesetzes, der vorzüglichsten der modernen Rechtsquellen und des wichtigsten Gegenstandes ihrer Forschung, zu gehorsamer Unterwerfung beredt und wirksam, wie nichts anderes auffordert, die aber nicht zur niedern Dienerin desselben herabsinkt, und ihm beider unwürdige Dienste leistet — wenn ich diese Frage in freudiger Zuversicht mit lautem Ja! beantworte; so geschieht das mit einem patriotischen Stolze, welchen jeder theilen wird, der sein Vaterland liebt und einsieht, wie weit das Land, von welchem man das sagen kann, so vielen anderen voraus ist, gerade in einer jener Beziehungen, von denen das Gedeihen alles Lebens im Staate abhängt, voraus ist.

Auch die österreichische Gesetzgebung hat den Weg, den, wie ich gezeigt zu haben glaube, die Wissenschaft nicht mitgehen kann, betreten; sie hat ihn früher und entschiedener als andere, zu einer Zeit betreten, wo ihr Alles den besten Erfolg zu verheißen schien.

Die Halsgerichtsordnung Maria Theresias faßte zuerst alle Resultate der Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit zusammen und setzte an die Stelle der alten Rechtsbücher ein Werk, welches insofern ein Gesetzbuch in der modernen Bedeutung ist, als es ein geschlossenes Ganzes bildet, eine authentische Beantwortung aller Fragen des Strafrechts zu bieten bestimmt ist, in dem Sinne aber doch nur eine Fortsetzung der älteren Strafgesetzgebung, als sie nur eine umfassende Anleitung für den Strafrichter ist, wie Zeiller sagt: „Gesetz, Lehrbuch und Commentar zugleich."

Diese letztere Eigenthümlichkeit, daß sie die Belehrung des Richters, aber mehr nicht als diese, vor Augen hat, ist der Theresianischen Strafgesetzgebung so deutlich aufgeprägt; sie steht noch so wenig

unter dem Einfluß der neueren Anschauung des Strafgesetzes, daß die Publication gar nicht als Bedingung der Rechtswirksamkeit des Gesetzes gilt.

Indeß, dieses Unternehmen, großartig angelegt, bedeutungsvoll, unschätzbar für die österreichische Rechtsgeschichte — war ein gänzlich verfehltes; der Versuch, der gewiß mehr als manches, was besser gedieh, den Ruhm seiner ruhmgekrönten Urheberin erhöhte, mißlang und mußte mißlingen, auch wenn nicht gleich nach dem Erscheinen der Theresiana im Strafrechte ein Umschwung eingetreten wäre, wie ihn die Welt zuvor nie gesehen.

Neues Einschreiten der Gesetzgebung war bald unerläßlich geworden — und nun stand sie am Scheidewege! Man hatte die Wahl: ein neues authentisches Lehrbuch verfassen zu lassen, alle Begriffe zu fixiren, alle Consequenzen selbst zu ziehen, für alle Vorfälle selbst Vorsorge im Voraus zu treffen, kurz einen neuen dogmatisch-casuistischen Codex, der die Praxis der Gerichte in Allem bestimmen sollte, herzustellen — oder ein bloßes Rechtsbuch, ein Buch fürs Volk weit mehr als für den Richter, ein Werk, das die Grundregeln, welche die Handhabung der Strafgewalt bestimmen, zur Kenntniß Aller bringen, zugleich als Warnung vor dem Verbrechen, als gemeinfaßliche Belehrung über dessen nothwendige Folgen, ja gewissermaßen als fortwährende Rechtfertigung des Waltens der Strafbehörden in den Augen Aller dienen soll. Den letzteren Weg schlug Kaiser Joseph II. ein, und das Gesetzbuch von 1787, das zweimal — im J. 1803 und im J. 1852 — erneuert, die Grundlage des heutigen österreichischen Strafrechts bildet, wurde, wie Zeiller es in der Ausdrucksweise jener Zeit bezeichnet, „eine für alle gebildeteren Bürger verständliche Vorschrift, woraus sie die öffentliche Schirmung ihrer Rechte und die wichtigsten Unterlassungspflichten mit den angedrohten Abhaltungsgründen kennen lernen sollten." Das ist in der That eine ganz richtige Bezeichnung der Form, welche für die österreichische Strafgesetzgebung gewählt und insbesondere i. J. 1803 scharf ausgeprägt wurde. Kundmachungspatent, Einleitung und die gleichzeitig erschienene Bekanntmachung wegen Wiedereinführung der Todesstrafe schlagen sogleich den entsprechenden Ton an; sie sind unzweifelhaft Ansprachen des Gesetzgebers an die Bevölkerung im Ganzen, in denen er sich bemüht, Sinn, System und Zweck des Gesetzes ihr verständlich zu machen. Man vergleiche das Gesetz selbst mit gleichzeitigen und späteren Codificationen

anderer Länder, und man wird sogleich erkennen, daß es dieselbe Tendenz hat. Die Sprache männlich, ernst, gemessen, ist überall recht eigentlich volksthümlich und setzt sichtlich nur ein Minimum literarischer Ausbildung beim Leser voraus; Kunstausdrücke sind sehr sorgfältig vermieden, Fremdworte werden mit Mühe, selbst mit Gefährdung der Deutlichkeit umschrieben. Wo es schwierig wird, einen Begriff scharf abzugrenzen, zieht es der Gesetzgeber in der Regel vor, durch beispielsweise Aufzählung einzelner Fälle sich verständlich zu machen. Fast eben so sehr, wie in den einzelnen Bestimmungen, ist er besorgt, in der Anordnung des Ganzen wohl verstanden zu werden; er verschmäht es nicht, eines oder das andere seiner Motive, im Gesetze selbst auszudrücken, durch ein Bindewort, einen erklärenden Eingang, eine Randbemerkung oder gar durch einen Uebergangsparagraph anzudeuten, warum gewisse Bestimmungen gerade diesen Platz erhalten haben. Unser Strafgesetzbuch ist also der Ausdruck der Grundform des Strafrechts, wie sie selbst in unseren complicirten Zuständen im Bewußtsein, wenn nicht des ganzen Volkes, so doch des Volkes im Ganzen sich erhält, jener Grundregeln, die nicht blos dem Rechtsverständigen, dem Mann des Faches, sondern Allen nahe stehen. Unser Strafgesetzbuch hat mit Einem Wort, die dicken Grundlinien, die Jedermann verfolgen kann, gezogen; aber gerade da, wo es auch in unserer Zeit des lebhaften Gedankenaustausches dem Nichtjuristen nicht mehr möglich ist, sich der Rechtsnorm bewußt zu werden, gerade da, wo das Bedürfniß nach einem das allgemeine an Klarheit überbietenden Wissen vom Rechte hervortritt, wo es gilt, die *feinen* Linien zu finden, die nur unter dem Mikroskop der Jurisprudenz erkennbar werden: gerade da hören in der Regel die Aussprüche dieses Gesetzes auf, bestimmt zu sein.

Erwägt man den Stand der criminalistischen Literatur am Ende des vorigen und am Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts; sieht man, daß von all den zahllosen Fragen über die sogenannten allgemeinen Lehren des Strafrechts, welche schon damals angeregt waren, kaum *eine* geradezu beantwortet ist, daß die meisten Grenzstreitigkeiten zwischen einzelnen Arten der Delicte unerledigt geblieben sind; daß seither wiederholt der Gesetzgeber die Aufstellung allgemeiner Regeln, nach denen die Praxis rief, abgelehnt hat: so kann keinem Unbefangenen ein Zweifel darüber bleiben, daß seine Absicht war, die Lösung jener feineren Fragen dem juristisch gebildeten, dem von der Doctrin geleiteten Richter

anheimzustellen; daß er nicht auf die Gefahr hin, Unvorhergesehenes unpassend zu treffen und aufs Gerathewohl einschneidend mit seinen eigenen Intentionen in Widerstreit zu gerathen, abstracte Regeln über Dinge geben wollte, die nur concret gefaßt werden können, und deren Beziehung zum Ganzen nur erkennbar wird, wenn man ihnen unmittelbar ins Gesicht sieht.

Unser Strafgesetz ist also nicht bestimmt, ein vollständiges System vom obersten Grundsatz bis zur letzten Consequenz darzustellen, und zu *lehren*, statt zu *befehlen*; es ist nicht bestimmt, sich jedem einzelnen Fall gewissermaßen selbst zu „appliciren," noch soll es ein Noth- und Hilfsbüchlein sein, das nur nachgeschlagen zu werden braucht, um allen Zweifeln ein Ende zu machen; es ist kein Gesetz, das wenn auch noch so richtig aufgefaßt, von einem Manne gehandhabt werden könnte, der in ihm alle seine Weisheit schöpfen soll; freilich noch viel weniger eins, das ein solcher Mann richtig auffassen würde.

Unsere Strafgesetzgebung hatte also nicht die Bestimmung, die Rechtswissenschaft entbehrlich zu machen; sie hat ihr vielmehr Raum zum ersprießlichsten Wirken gelassen und ihr eine hohe Aufgabe selbst angewiesen.

Welches ist nun diese Aufgabe? und wie können wir hoffen, sie zu lösen?

Am nächsten liegt, daß wir das Gesetz selbst richtig auszulegen uns bemühen, ins Klare bringen, *welche* Fragen der Gesetzgeber lösen wollte, und *wie* er dies wollte? Während andere Rechtsquellen (das Gewohnheitsrecht und der Gerichtsgebrauch) die Rechtsregel in concreten Thatsachen zur Anschauung bringen, die nicht mißverstanden werden können, hat das Gesetz nur das Wort, den selten congruenten, noch seltener als congruent erkannten Ausdruck eines abstracten Gedankens zu seiner Verfügung. Wir alle wissen, daß unter tausend Menschen selten zwei denselben Gedanken in dieselben Worte kleiden würden; aber viel weniger allgemein beachtet ist, daß eben so selten zwei Menschen bei demselben Worte genau dasselbe denken. Ist auf diese Art schon das Verständniß eines einzelnen Gesetzes erschwert, so häufen sich die Schwierigkeiten ins Unendliche, wo es um ein neues systematisches Gesetzeswerk sich handelt. Viele Jahre müssen vergehen, ehe man einigermaßen heimisch darin geworden ist, ehe die Auslegung in den verschiedenen Abstufungen ihrer Wirksamkeit ihr Werk, die Vorbedingung jeder

weiteren wissenschaftlichen Arbeit, im Ganzen und Großen abgeschlossen hat. Das alles mußte doppelt und dreifach von unserer Gesetzgebung gelten, eben weil sie seit 1787 mehr auf gemeinverständliche als auf streng wissenschaftliche Ausdrucksweise berechnet, mehr zur Zeichnung großer Umrisse als zur Darstellung seiner Distinctionen bestimmt, oft selbst der Zierlichkeit Opfer bringt, unangenehme Wiederholungen und Assonanzen zu vermeiden sucht und sonach häufiger in Gefahr gerathen muß, mißverstanden zu werden.

In der That wurde in Oesterreich, namentlich seit 1803 auf dem Gebiete der Gesetzgebung, der praktischen Anwendung und der Literatur mit der größten Gewissenhaftigkeit und bewunderungswürdigem Fleiße an diesem Werk der Auslegung gearbeitet. Uebersieht man nun diese Arbeit, die durch das Gesetz vom Jahre 1852, so weit dasselbe nicht ganz neue Bestimmungen enthält, auch äußerlich zum Abschluß gebracht wurde; so können zwei Bemerkungen nicht lange auf sich warten lassen.

Vor Allem, worüber kaum mehr ein Wort zu verlieren ist — mit seinem ganzen grammatisch logischen Apparat, wenn er nur diesen an das Gesetz und nur an das Gesetz legt, vermag der Ausleger nicht, auch nur den nächsten Zweck: treue Darstellung des wahren Inhalts des Gesetzes, der Antwort, welche der Gesetzgeber auf bestimmte Fragen wirklich geben *wollte*, zu erreichen; schon dazu bedarf es höherer Nachhilfe. Wir können uns aber weiter nicht verhehlen, daß mitunter im Gesetz Auskunft über Gegenstände gesucht wird, die es zu berühren gar nicht bestimmt war, daß man von ihm die Antwort auch auf solche Fragen erzwingen will, die der Gesetzgeber unmittelbar nicht lösen wollte. Von der ganz falschen Voraussetzung ausgehend, es sei alle Arbeit der Strafrechtswissenschaft im Strafgesetzbuch durchgemacht, es seien alle Resultate derselben darin niedergelegt und „blühen dem weisen Finder," kehrt man in der besten Absicht den ganzen Apparat der Auslegung gegen das Gesetz und es beginnt mitunter eine wahre Tortur seiner einfachen, klaren Sätze. Da wird auseinandergerenkt, was die Natur zusammenfügte und künstlich werden Glieder aneinandergebracht, die im freien Organismus sich nie berühren sollen; es werden Distinctionen gemacht, an die gedacht zu haben vom Gesetzgeber nicht vorausgesetzt werden kann; es werden Ausdrücke mit einander verglichen, die gebraucht wurden, ohne zu einander in Beziehung gebracht zu sein — und so wird zuletzt ein Resultat gewonnen, das fast eben so verläßlich

dem Sinn des Gesetzgebers entspricht, wie der Inhalt des Torturprotokolles als das freie Bekenntniß des Inquisiten angesehen werden kann.

Kann in ersterer Hinsicht die Wissenschaft ruhig den Augenblick abwarten, wo man ihre höheren Functionen zu Hilfe rufen muß: so muß sie gegen Vorgänge der letzteren Art feierliche Verwahrung einlegen, und für sich allein die Entscheidung der Fragen in Anspruch nehmen, die der Gesetzgeber ihr zugewiesen hat.

Sie lehrt uns, uns vor dem Ausspruche des Gesetzes zu beugen, wo es spricht, und wo es nicht spricht, in dem Geiste zu handeln, aus dem diese Aussprüche hervorgingen. Sie verlangt, daß der Jurist das Gesetz mit anderen Augen ansehen lerne, als die „gebildeteren Bürger," daß er die Grundanschauung, aus der die einzelnen Bestimmungen hervorgingen, sich aneigne, das in ihnen angedeutete Verhältniß des Gesetzgebers zu jeder Hauptlehre des Strafrechts richtig auffasse, daß vor seinen Augen die einzelnen Paragraphe, die disjecta membra des Gesetzes zu einem organischen Ganzen sich zusammenschließen.

Sie kann dies aber nur, indem sie uns die Elemente kennen lehrt, welche unser heutiges Strafrecht bilden, indem sie einerseits, die Geschichte zu Hilfe rufend, die bald enger, bald weiter werdende Aufgabe, welche dem Strafrecht die Entwicklung des staatlichen Lebens von Geschlecht zu Geschlecht anwies, darlegt, jede große Frage in dem Momente aufnimmt, wo sie zuerst angeregt wurde, und sie durch alle Phasen begleitet, die sie durchzumachen hatte, — indem sie andrerseits dem Leben der Gegenwart sich eng anschmiegt, jeden Athemzug, jeden Pulsschlag bewacht und so jede noch so leise Veränderung beobachtet, die in der Rechtsanschauung eintritt.

Wenn die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist, so ist sie eben darum eine historische Wissenschaft; denn sie ist, wenn nicht die Erkenntniß aller göttlichen und menschlichen Dinge, wie die Römer sagten, doch die Erkenntniß aller staatlichen Zustände.

Der Staat aber (diese Einsicht ist der schönste Gewinn moderner Forschungen) ist nicht wie eine Maschine willkürlich construirt und nach Willkür umstellbar; er ist ein Naturproduct in dem Sinne, in dem es der Mensch selbst ist; unzählige, tiefverborgene Ursachen bedingen seine Entstehung, unzählige andere beherrschen seine Fortentwicklung; geheimnißvoll, selbst dem geübten Auge kaum bemerkbar, verändern sich staat-

liche Zustände; plötzlich sehen wir mit Erstaunen, daß unter dem alten Namen ein neues Ding wirksam ist, oder daß scheinbar ganz neue Dinge von alten, schon längst vergessenen, bestimmt werden.

Der Staat hat auch das mit dem einzelnen Menschen gemein, daß nur ein oberflächlicher Beobachter sich mit einem Grunde zur Erklärung seines Thuns und seiner Schicksale begnügt. Große dramatische Dichter lehren es und der Criminalrichter hat täglich Gelegenheit, sich davon zu überzeugen, daß selten, vielleicht nie, einfache Motive den Menschen bestimmen. Wo uns gegönnt ist, in den Geistesproceß hineinzuschauen, aus welchem auffallende, entscheidende Thaten hervorgegangen sind, sehen wir immer, daß neben dem mächtigen leicht erkennbaren Motiv, wenn ein solches den Menschen ergreift, noch eine Unzahl anderer, oft kleiner kaum, beachteter Dinge, längst vergessene Erlebnisse, scheinbar ganz anderswohin zielende Ab- und Zuneigungen sich hemmend oder fördernd wirksam zeigen, daß zuletzt oft nur sie es sind, die den Ausschlag und der That ihren Charakter geben. Wir sehen also, daß wir keinen Act, keinen Zustand eines Menschen richtig beurtheilen, wenn wir nicht sein ganzes Wesen, alles, was je wichtig für ihn gewesen, mit in Anschlag bringen. Das gilt denn genau auch vom Staat und seinen verwickelteren Zuständen; es gilt namentlich von jener Kenntniß der letzteren, welche der Strafrechtswissenschaft unentbehrlich ist.

So gibt es denn auch keine Wissenschaft des österreichischen Strafrechts ohne gründliche Würdigung der älteren österreichischen Strafgesetzgebung, des gemeinen deutschen Strafrechts und der Factoren, welche im vorigen Jahrhunderte seine bereits erwähnte nun etwas näher ins Auge zu fassende Umgestaltung bewirkten.

In früheren Jahrhunderten war das Strafrecht als selbstständiges Ganzes nicht einmal von den Juristen, so weit es deren gab, erkannt. Die einzelnen nebeneinander geltenden Normen waren nach und nach aus drei ganz von einander verschiedenen Grundansichten hervorgegangen. Das Strafrecht der alten Germanen, kaum merklich vom Privatrecht ausgeschieden, nur das Aeußerliche der That und an diesem wieder nur das Auffallendste, den angerichteten Schaden, beachtend, war das natürliche Ergebniß eines Zustandes, in dem die Beziehungen des Staates zum Einzelnen, die Aufgabe des ersten, die Bedürfnisse des letzteren auf ein Minimum eingeschränkt waren; der Staat — unverletzbar, weil ungemein einfach gegliedert — hatte fast keine, der Einzelne

nur die allergröbsten Verletzungen zu fürchten und die gröbste Art des Schutzes konnte genügen. In dieses Leben drang nach und nach das kanonische Strafrecht ein, das zuerst an die Stelle gewaltsamer Beschützung eines gefährdeten Privatrechtes die Ahndung einer beleidigten höheren Macht treten ließ, — mehr als die That, das sündige Gemüth, in dem sie wurzelte, — mehr als den Schaden des Verletzten den Zorn des Herrn, in dessen Augen solches Thun ein Gräuel ist, — weit mehr als die Beseitigung jenes äußerlichen Schadens die Heilung des inneren Bruches, des Schadens, den der Thäter an seiner Seele nimmt, die Abbüßung des Frevels, vor Augen hat. Wir sehen, wie diese neue Anschauung, ohne zu verdrängen, was aus der älteren hervorgegangen war, in dem Maße sich ausbreitete, als das Christenthum in den Gemüthern der Deutschen tiefere Wurzeln schlug und nach dem Vorbild der Kirche auch der Staat sich fester gliederte und die Zügel der Herrschaft straffer zog, — wie sie den Weg zur Reception der römischen Rechtes bahnte. In der Zeit der höchsten Machtentfaltung des mittelalterlichen Staates, in den complicirter gewordenen Verhältnissen, in denen öffentliches und Privatinteresse immer weiter auseinander gehen mußten, machte das römische Recht das natürliche Uebergewicht des ersteren, das Bedürfniß nach Beherrschung der Geister, nicht blos der Leiber geltend, und begehrte die Bestrafung, die consequente, systematische Bestrafung der Verbrechen zum Vortheil des Staates, die Bestrafung des bösen Willens, des Innerlichen der That. Indeß auf einem ganz anderen staatlichen Gebäude beruhend, vermochte es nicht hier, wie im Civilrecht, das ältere von den Schöffen getragene Recht in den Hintergrund zu drängen, und so die nachmals durch die mannigfaltigsten Ereignisse, durch die Umgestaltung des Strafprocesses, durch den Uebergang der Strafgewalt aus den Händen des Reiches in die der Landes- und Patrimonialgerichtsherren, aus den Händen der Schöffen in die der juristischen Richtercollegien — gestörte Einheit des Rechtsbewußtseins wieder herzustellen. Vergebens bemühte sich die Reichsgesetzgebung, die Landesgesetzgebung, (auch die österreichische) den immer unheilvoller werdenden Zustand der Strafrechtspflege zu verbessern. Es fehlte der historische Sinn, der Gegenwart und Vergangenheit verknüpfend Ordnung in das Chaos gebracht und unter Trümmern hervorgesucht hätte, was stehen geblieben und nur von Schutt bedeckt worden war. So gerieth das gemeine deutsche Strafrecht immer mehr ins Arge, immer schreiender wurde der

Gegensatz zwischen den Rechtsregeln, welchen die Doctrin Anerkennung verschaffte und den Zuständen, auf die sie angewendet wurden; und ward eine Abweichung vom Hergebrachten oder gar vom gesetzlich Feststehenden versucht, so war sie nicht minder einseitig, willkürlich, gefährlich und als rechtswidrig allgemein erkennbar. Dazu kam das tiefe Mißtrauen, das gegen das ganze Criminalsystem der Zeit rege werden mußte, als die furchtbaren Irrthümer der Hexenprocesse und des Tortursystemes als solche fast plötzlich anerkannt wurden, nachdem sie Jahrhunderte hindurch von den Weisesten wie von den Unwissendsten als ganz natürliche Erscheinungen unbedenklich hingenommen worden waren.

Abhilfe mußte gesucht werden; wo war sie zu finden? Man suchte sie auf einem jener Zeit eigenthümlichen, damals zuerst betretenen Wege. Man hatte bisher das Strafrecht und die Handhabung der Strafgewalt, ja das ganze Leben und Treiben des Staates, wie das Walten eines Naturgesetzes hingenommen, wie etwas das nicht anders sein kann. Aber es kam jetzt ein Geist des Zweifels über die ganze christliche Welt. Bedenken Sie, wie ehedem jeder kleine Bezirk von der übrigen Welt gesondert uud abgesperrt war, wie natürlich es war, daß Geschlecht auf Geschlecht darin leben und sterben konnte, ohne von dem geistig berührt zu werden, was im nächsten Ländchen vorging; bedenken Sie nun, wie plötzlich überall hin die Kunde bringt, eine neue Welt sei aus dem Ocean gestiegen, zum fernen Indien, dem alten Fabelland, sei ein neuer Weg gefunden — große Ereignisse, die überall Abenteurer lockten und den Gesichtskreis aller erweiterten —; bedenken Sie, wie dazu die Buchdruckerkunst kam, wie sie, den Gedankenaustausch zwischen allen Ländern vermittelnd, jeden aus der Einseitigkeit seiner bisherigen Lebensanschauungen reißen, ihn wenigstens in der Zuversicht stören mußte, mit welcher er sich ihr bis jetzt hingegeben hatte; bedenken Sie die immer lebhafter werdenden Regungen des modernen, das feudale Wesen mehr und mehr abstreifenden Staates: so brauchen Sie kaum noch in Anschlag zu bringen, was freilich die Hauptsache ist, daß die große Kirchentrennung noch das Letzte, Einzige, das feststand als schwankend erscheinen ließ, und jeden Einzelnen nöthigte, durch eigene Prüfung sein Verharren bei dem Glauben seiner Väter und der eigenen Kindheit oder den Uebergang zu einer neuen Lehre vor sich selbst zu rechtfertigen. Zuletzt mußte noch das Copernicanische Sonnensystem der Welt bewei-

sen, daß sie selbst über das, was jeder täglich mit Augen sieht, durch Jahrtausende im Irrthum war, daß die Sonne selbst nicht recht gesehen worden. So kam es denn, daß im 17. und 18. Jahrhundert der Bau der Welt, alles Göttliche und Menschliche, also auch alle Grundbedingungen staatlichen Lebens auf den Prüfstein einer neuen, von den historischen Ergebnissen ganz absehenden Philosophie gelegt wurden. Wenn es wahr ist — und wer wollte es bestreiten? — daß alles Thun des Menschen von der Vernunft beherrscht sein soll, so muß dieses auch, muß jedes Resultat seines Wirkens sich entweder als vernunftgemäß nachweisen lassen, als das zur Erreichung eines vernünftigen Zweckes bestgeeignete Mittel sich darstellen oder aus dem Buch des Lebens gestrichen werden. Und da die Vernunft dieselbe ist für alle Länder und alle Zeiten, muß das reine Denken die Gesetze aller Völker dictiren.

Auch fürs Strafrecht schien alles Heil nur da zu liegen. Welcher Weg blieb da offen, als daß man einen verläßlichen obersten Grundsatz suchte und aus diesem die Consequenzen nach allen Regeln der Logik zog? Wie beruhigend mußte es sein, wenn nichts stehen blieb, dessen Existenz sich nicht auf diese Art rechtfertigen ließ! — Dieser oberste Grundsatz freilich war schwer zu finden — oder vielmehr — er war sehr leicht gefunden; erst brachte jedes Vierteljahrhundert, dann jedes Jahrzehent, zuletzt fast jedes Jahr ein neues oberstes Princip des Strafrechts. Spät erst war man so weit, einzusehen, daß jedes dieser Systeme nur eine neue, früher nicht beachtete Seite des unermeßlich reichen Gedankenschatzes, den unser gemeines Recht barg, ans Licht zog, daß jedes an sich ganz wahr, unwiderlegbar, wenn man sich seinem Ideengange hingab, von dem anderen eben so wahren, eben so unwiderlegbaren Lügen gestraft wurde, sobald es (wie es nicht anders konnte) auf Alleinherrschaft Anspruch machte, daß keines ausreichte, um allein der Strafrechtspflege eine neue, dem Bedürfniß des Staates und dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein entsprechende Form zu geben, daß aber jeder der Mißbräuche, jede der Widersinnigkeiten, vor denen man eben durch die neuen Systeme sich zu schützen suchte, in *einem* derselben seine consequente Rechtfertigung finden konnte.

Die Abstraction ist eine große That des menschlichen Geistes; sie ist in der Welt der Gedanken, was die Selbstverläugnung in der des Handelns; aber von der Höhe, zu der sie uns erhebt, führt kein Pfad zurück in das wirkliche Leben und dessen bunte, von keiner Regel, die

Gedanken fassen und Worte aussprechen können, beherrschte Mannigfaltigkeit. Wenn also die Philosophie des 18. Jahrhunderts ein neues Strafrecht aus sich heraus zu erzeugen versprach, so hat sie versprochen, was sie nicht halten konnte; aber sie hat einer unhistorischen, darum unwissenschaftlichen und fast nicht minder als sie selbst abstracten Jurisprudenz zum heilsamen Gegengewicht gedient; sie hat, wenn sie nicht ein neues Gebäude lieferte, manches beseitigen helfen, was das alte unwohnlich machte; sie hat der neuen historischen Wissenschaft den Weg gebahnt. Ja, sie hat noch ein größeres Verdienst. Sie hat zuerst die großen Massen der Gebildeten aller Länder ermuthigt, sich ernstlich mit dem Strafrecht und seiner Reform zu beschäftigen; sie hat die großen Fragen, um die es sich handelt, auf den kürzesten Ausdruck gebracht und dadurch an allen Orten Männer geworben, die nach einer Antwort auf dieselben eifriger suchten als die Juristen jener Zeit.

Man kann sagen, daß nichts in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, ehe die großen politischen Ereignisse am Schluß desselben Alles absorbirten, so sehr das allgemeine Interesse in Anspruch nahm, als die Reform des Strafrechts. Das Strafrecht hat so in der That erlebt (was von keinem anderen Zweige der Rechtswissenschaft behauptet werden kann), daß es als Ganzes, nicht in einzelnen Consequenzen, dem Bewußtsein der europäischen Völker gegenwärtig und in ihm so lebendig wurde, daß alle Gebildeten Europas an seiner Fortentwicklung eine Zeitlang mitarbeiteten. Welche Richtung diese Entwicklung nahm, wird man nie recht verstehen, wenn man blos an die philosophischen Systeme, die allerdings mehr als sie gestehen, von den Wünschen der Zeit beherrscht werden, sich hält, wenn man die eigenthümlichen Wege nicht nachgegangen ist, auf welchen damals Alles wandelte. Es war die Zeit, wo die Bande, die den Einzelnen an den Staat knüpfen, gelockert werden sollten, damit ihm freiere Bewegung einerseits, andrerseits rückhaltlosere Hingebung an einen vagen Kosmopolitismus, der Alle ergriffen hatte, möglich werde. Des natürlichen Zusammenhangs mit Familie, Volk und Staat ward vergessen, nur der Menschheit wollte jeder Opfer bringen. Menschheit, Menschenliebe, Menschlichkeit waren die zum ersten Mal mit solcher Energie ausgesprochenen Losungsworte der Zeit. Eben darum trat gegen die Verhärtung der Gemüther, welche die Gräuel des dreißigjährigen Krieges für lange Zeit hervorgerufen hatten, eine heilsame Reaction ein, die freilich in Vielem zu weit ging und von der

mehr und mehr um sich greifenden Sittenlosigkeit, hinter der immer die Entnervung des Geschlechtes einhergeht, unterstützt wurde. Aber der Angstschrei jedes Gequälten fand doch nun einen lauteren Wiederhall, jede Marter, die ein Mitmensch erdulden sollte, ward lebhafter mitempfunden, als jemals zuvor im Laufe der Geschichte.

Die Literatur, wie immer der untrüglichste Spiegel jener Zeit gibt das beste Zeugniß von dieser weichen Stimmung.

Gedenken wir nur der süßen Träume von Unschuld und stillem Glück, in die Geßner und Florian jene Geschlechter wiegten; gedenken wir des Werther und der krankhaften Ueberreizung aller sanften Gefühle, der unbedingten Hingebung an jede innere Regung, von der er Zeugniß gibt; gedenken wir Schiller's, seiner „Räuber", seiner „Kindesmörderin," und es muß uns klar werden, daß die Generationen, deren Seelenzustand sich in solchen Werken ausprägt, jede irgend entschuldbare Verirrung des Gefühls in Schutz nehmen, fortwährend zwischen den Angeklagten und seinen Richter sich stellen mußten, daß sie sich nicht beruhigen konnten, wenn irgend einem Menschen, selbst einem Verbrecher, ein Uebel zugefügt werden sollte, dessen dringende Nothwendigkeit nicht allgemein einleuchtete. — Die Agitation hiefür, die von zwei österreichischen Stimmen, von Beccaria und von Sonnenfels angeregt wurde, wuchs seit der folgenreichen Preisausschreibung der Berner ökonomischen Gesellschaft für den Entwurf des besten Strafgesetzes ins Unendliche, und sie konnte nicht ohne große Resultate bleiben.

Diese zu vollbrachten Thatsachen gewordenen Resultate, die wir uns bei Betrachtung des ältern Rechtes fortwährend gegenwärtig halten müssen, wenn wir das Lebendige vom Todten sondern wollen, lassen sich wohl in Folgendem zusammen fassen: die letzten Spuren der ursprünglichen privatrechtlichen Stellung der Strafe sind verwischt, und das Strafrecht ist unbedingt als Theil des öffentlichen Rechtes, als ein Recht und eine Pflicht des Staates selbst anerkannt. — Die Strafe soll nur eintreten können, wo und so weit sie unbedingt nothwendig und als solche allgemein erkennbar ist: jeder Zweifel muß dem Angeklagten zu Statten kommen. Eben darum muß die Bestrafung der Verbrechen als consequent und gleichmäßig erkennbar sein; es muß jede Strafanwendung im richtigen Verhältniß zu allen anderen Fällen der Bestrafung stehen. Ein systematisches Gesetz ist daher nicht blos, wie im Civilrecht, der wünschenswertheste, bequemste Ausdruck

des geltenden Rechtes, sondern die rechtlich-nothwendige Voraussetzung jeder Strafanwendung; es muß zwischen den nur sittlich-unzulässigen und den staatlich strafbaren Handlungen, zwischen den verschiedenen Arten der letzteren scharfe Grenzlinien ziehen und wenigstens das Maximum der Strafen unverrückbar feststellen.

So unwiderstehlich machten diese Resultate gemeinsamer Forschung in ganz Europa sich geltend, daß trotz der buntesten Mannigfaltigkeit in so vielen anderen Dingen, trotzdem daß fast jedes Land und jedes Ländchen sein eigenes Strafgesetzbuch hat, in dem seine wesentlichen und zufälligen Eigenthümlichkeiten sich ausprägen, man dennoch noch immer mit Fug und Recht von einem gemeinen Strafrecht Europas, wenigstens des europäischen Continentes, sprechen kann.

Ueberall dieselbe Grundanschauung des Verbrechens und der Strafe, überall dasselbe Streben nach Klärung der Begriffe und nach vernünftiger Weiterentwicklung. Denn wie die Grundlagen überall dieselben sind, so ist auch die Arbeit zur Weiterbeförderung eine gemeinsame; nichts was einen wesentlichen Fortschritt für das Strafrecht irgend eines Landes enthält, kann für die Wissenschaft des Strafrechts eines anderen Landes gleichgiltig — in der Regel wird es auch ihr ein willkommener Anlaß zu fröhlichem Vorwärtsschreiten sein.

So hat denn in der That, Dank diesem Zusammenwirken, seitdem der beschriebene Umschwung in den Gesetzbüchern constatirt wurde und seitdem die bewunderungswürdigen Arbeiten der deutschen historischen Rechtsschule den fast vergessenen Zusammenhang mit dem früheren Recht wieder hergestellt haben, die Wissenschaft manchen wichtigen Schritt vorwärts gethan. Und je genauer sie sich des Prozesses bewußt wird, dessen Ergebniß unser heutiges Strafrecht ist, je deutlicher sie sieht, wie fortwährendes Aufnehmen neuer, Ausstoßen alter Elemente, dem Rechtszustande eines Landes allmälig eine neue Gestalt gibt, und wie jede leiseste Aenderung auf alles, was scheinbar unverändert bleibt, zurückwirken muß: desto sorgsamer ist sie bemüht, mit allen Veränderungen, die die Zeit herbeiführt gleichen Schritt zu halten, jedes Bedürfniß der Zeit zu errathen und es zuvorkommend möglichst zu befriedigen. Damit sie dies aber könne, muß sie ihr Auge unverwandt dem Wirken der Gerichte zugewendet haben. Dort, wo die abstracte Regel des Gesetzes und die immer doch aprioristische Doctrin mit dem Leben selbst in Berührung gesetzt werden, dort tauchen alle großen Fragen zuerst auf, dort

müssen sie zuerst ihre Beantwortung finden. Die Benützung, Würdigung und Prüfung der Präjudicate, namentlich der Entscheidungen unseres obersten Gerichtshofes, deren seit mehreren Jahren stattfindende Veröffentlichung ein unschätzbarer Gewinn für unsere Wissenschaft ist, gibt die beste, die einzige Gelegenheit die Fortentwicklung unseres heimischen Rechtes von der gewonnenen festen Grundlage aus, auf eine Art zu fördern, die nicht unabläßiges, immer sehr bedenkliches Einschreiten der Gesetzgebung nothwendig macht; sie allein stellt die lebhafte Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis her, die unerläßlich ist, wenn erstere nicht resultatlos bleiben und in nutzlosem Haarspalten sich ergehen, letztere nicht entweder erstarren oder aller festen Grundsätzen entbehrend in bodenlose Willkühr verfallen soll.

Sorgsames Studium, gewissenhafte Auslegung des Gesetzes, aufmerksames Verfolgen des historischen Entwicklungsganges, Berücksichtigung der Doctrin anderer Länder, wissenschaftliche Verarbeitung der Präjudicate sind also die Factoren, welche für die Feststellung jeder Lehre des österreichischen Strafrechtes zusammenwirken müssen.

Dies, m. H., ist die Aufgabe, die ich unserer Wissenschaft gestellt sehe; dies sind die Mittel, deren sie, wie ich glaube, sich bedienen muß, um sie würdig zu lösen. Gewiß, viel Rühmliches ist schon geschehen; keiner aber kann verkennen, daß noch unendlich viel mehr zu thun übrig bleibt. Daß Oesterreich, wie es aller Ehren voll ist, wie es überall, wo Europa um Ruhm ringt, in den ersten Reihen der Kämpfer steht, auch dieses schönsten Ruhmes nicht entbehre, daß seine Leistungen, dem Besten was die Rechtswissenschaft in Deutschland, in Europa zu Tage fördert, würdig sich an die Seite stellen, daß seine Rechtspflege nie aufhöre, voranzuleuchten durch den Geist des Ernstes und der Milde, der Sicherheit und Stätigkeit, dies ist das schöne Ziel, an dessen Erreichung wir Alle, die wir lehrend oder lernend, forschend oder Recht sprechend die Beschäftigung mit dem Rechte uns zur Lebensaufgabe machen, unabläßig arbeiten müssen. Lassen wir's an gutem Willen und redlicher Bemühung nicht fehlen, so wird es an wackeren Mitarbeitern und an glücklichern Nachmännern nicht fehlen, wo die eigenen Kräfte nicht ausreichen — und mit immer größerem Rechte wird es das beste Votum im Lande sein: In omnibus sicut Austria!

II.

Anſelm Ritter von Feuerbach.

Anſelm Ritter von Feuerbach.

Eine rechtsgeſchichtliche Biographie.

(„Allgemeine öſterreichiſche Gerichtszeitung“ Jahrgang 1848, Nr. 45 — 50.)

Paul Johann Anſelm Feuerbach wurde am 14. November 1775 zu Haimchen bei Jena — der Heimath ſeiner Mutter — geboren. Seine Kindheit verlebte er in Frankfurt am Main, wo ſein Vater Dr. Jur. Anſelm Feuerbach als Advocat ſeinen Wohnſitz nahm. Raſche Entwicklung ſeiner geiſtigen Anlagen, unerſättliche Wißbegierde, der Eifer, mit welchem er, durch nichts abzuhalten, ſeinen Lieblingsſtudien, dem Umgang mit griechiſchen und römiſchen Claſſikern, namentlich den Dichtern, ſich hingab, ließen früh ungewöhnliche Leiſtungen, es ließen aber auch vielfache Ausbrüche eines lebhaften, durch übertriebene Strenge des Vaters eher gereizten, als gemilderten Temperamentes ein bewegtes, unruhiges Leben erwarten.

Mit ſiebzehn Jahren (November 1792) verließ er gegen den Willen des Vaters Frankfurt, um — nur auf ſich und die nicht ſehr ausgiebige Unterſtützung einer Tante angewieſen — ſeine akademiſche Laufbahn zu beginnen. Mangel am Nöthigſten und eine lebensgefährliche Krankheit, aus der ihn Hufeland rettete, konnten ihn nicht abhalten, mit übermäßiger Anſtrengung, mit fieberhaftem Eifer zu arbeiten. Seinen Studien war durch die Stimmung der Zeit die Richtung ohnehin vorgezeichnet, und der Einfluß, den namentlich Reinhold auf die akademiſche Jugend Jena's übte, feſſelte ihn vollſtändig an die Philoſophie. „Unſer großer Lehrer Reinhold, mein Führer zum Guten und väterlicher Freund,“ ſo nennt ihn F. in einem Brief an ſeinen Vater. „Ihm dankt es unſere Akademie, daß ſie ſich das Lob erworben hat, die beſte, die geſittetſte zu ſein. Ihm danke ich es (und mit mir unzählige Jünglinge), daß ich beſſer geworden bin, ihm danke ich die Ausbildung meines Geiſtes und die Schärfung meiner Denkkraft, ihm danke ich es endlich, daß ich warmer Freund reeller Wiſſenſchaften, Freund des eigentlichen angeſtrengten Denkens geworden bin.“ Bald

zeigte sich F. auf diesem Gebiete schriftstellerisch thätig. Nach mehreren kleineren Aufsätzen, welche in Meißners Zeitschrift „Apollo“ Aufnahme gefunden hatten, erschien in demselben Jahre, in welchem F. als Doctor der Philosophie promovirte (12. September 1795), seine erste selbstständige Schrift: „Ueber die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Giltigkeit der natürlichen Rechte“ (Leipzig und Gera 1795). Die Aufsätze, welche er in derselben Zeit für Niethammers philosophisches Journal lieferte (Versuch über den Begriff des Rechts. — Ueber die Unmöglichkeit eines absolut ersten Grundsatzes des Philosophie) waren nur die Vorläufer einer Schrift von viel größerer Bedeutung, der „Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte“ (Altona 1796). Ein bedeutsamer Fortschritt in der Geschichte der Rechtsphilosophie, zugleich aber auch für F's spätere Wirksamkeit bezeichnend ist es, daß in dieser Schrift zuerst ein durchgreifender Versuch gemacht ist, die Rechtslehre von der Moral völlig zu scheiden, und für das Naturrecht ein selbstständiges Princip zu gewinnen. Die Aufgabe, die er sich dort gestellt, und deren Lösung zu der scharfen Formel führt: „Moral ist die Wissenschaft der Pflichten, Naturrecht die Wissenschaft der Rechte,“ — bezeichnete F. selbst später so: „einerseits durch eine Censur der bisherigen Systeme zu beweisen, daß jede Deduction des Rechtsbegriffs aus dem Sittengesetz schlechterdings unmöglich sei und uns entweder zu Nichts oder nur zu moralischen Begriffen führe; andererseits aber zu zeigen, wie unabhängig von dem Sittengesetze gleichwohl in der Vernunft das Recht gegründet sei.“

Bedenkt man, daß F. damals kaum ein und zwanzig Jahre alt war, und ein volles Recht hatte, diese Arbeiten als einen vielversprechenden Anfang anzusehen, daß das Bedürfniß, die Philosophie nicht bloß obenhin zu betreiben, sondern sich ihr völlig hinzugeben, die edelsten Geister der Nation erfaßt hatte, und daß das ganze gebildete Deutschland in lebhafter Spannung die Bewegungen und Kämpfe auf diesem von Kants ehrwürdiger Gestalt beherrschten Schauplatz verfolgte: so wird man es begreiflich finden, daß F. nichts sehnlicher wünschte, als dieser Wissenschaft sein Leben zu widmen. Es ist ein Opfer, das er seinem noch immer unzufriedenen Vater, (wenn gleich, wie es scheint, nicht bloß ihm) bringt, wenn er zu Neujahr 1796 ihm schreibt: „Ich will gern auf der einmal betretenen Bahn wieder umkehren und meine Lieblingsneigung der väterlichen Liebe zum Opfer bringen.“ Aber es bezeichnet die große

sittliche Kraft seiner Natur, daß es kein leichthin gesprochenes Wort ist, wenn er hinzu fügt: „Es wird mir ein Leichtes sein, bald in der Jurisprudenz das zu werden, was ich jetzt in der Philosophie geworden bin.“ Nach 24 Jahren kann er seinem Sohne (Anselm) in einer ähnlichen Lage ruhig sein eigenes Beispiel vorhalten: „Wie der Gedanke an Pflicht und Nothwendigkeit selbst gegen innere Neigung zu begeistern vermag, wie man, selbst in einem unserer Lust gar nicht zusagenden Fache ausgezeichnet werden kann, wenn man nur ernstlich will und es sich etwas Mühe kosten läßt, wenn man nicht bloß den Gelüsten nachgeht, sondern vor Allem auch durch die ernste Pflicht sich führen läßt, die bald freundlich uns lächelt, und für unsern Schweiß uns lohnt, dafür kann ich Dir mein eigenes Beispiel nennen. Die Jurisprudenz war mir von meiner frühesten Jugend an in der Seele zuwider.... Da wandte ich mich mit raschem, aber festem Entschluß von meiner geliebten Philosophie zur abstoßenden Jurisprudenz; sie wurde mir bald minder unangenehm, weil ich einmal wußte, daß ich sie lieb gewinnen müsse; und so gelang es meiner Unverdrossenheit, meinem durch die bloße Pflicht begeisterten Muth, daß ich schon nach zwei Jahren den Lehrstuhl besteigen konnte.“

In der That sehen wir ihn in den nächsten zwei Jahren, in welchen übrigens neben kleineren philosophischen Arbeiten „Antihobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangrecht der Bürger gegen den Oberherrn“ (Erfurt 1798) und seine „philosophisch-juristische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths“ (Erfurt 1798) erschienen, eifrig mit juristischen Studien beschäftigt. Am 15. Januar 1799 erlangte er die juristische Doktorswürde; seine Dissertation: De causis mitigandi ex capite impeditae libertatis [1]) bezeichnet schon ganz die Richtung, welche seine juristischen Arbeiten nehmen sollten.

Ehe ich jedoch diese charakterisire, sei es gestattet, mit wenigen Worten den äußerlichen Verlauf seines Lebens in den nächsten Jahren zu zeichnen.

Im Sommersemester 1799 begann F., der um diese Zeit sich auch verheiratete, seine Thätigkeit als Privatdocent in Jena; er hielt Vorlesungen über peinliches und römisches Recht und über Rechtsgeschichte. Im Jahre 1801 wurde er zum außerordentlichen Professor und Mitglied des Schöppenstuhls in Jena ernannt, in demselben Jahre noch zum ordentlichen Professor des Lehenrechts daselbst designirt. Diese Stellung

[1]) Jen. 1799, zu finden in Martins Select. diss. juris crimin.

nahm er indeß nicht mehr an; die kurze Zeit seiner akademischen Thätigkeit hatte hingereicht, die Aufmerksamkeit Massow's auf ihn zu lenken, der ihn im Namen der preußischen Regierung nach Erlangen rief; fast zu derselben Zeit erging an ihn eine Berufung nach Landshut, und eine andere — durch Thibaut vermittelt — nach Kiel. Für letzteren Ort entschied sich F.; er verließ (1802) Jena unter den ehrenvollsten Aeußerungen des Bedauerns über seinen Verlust. Allein auch Kiel behielt ihn nicht lange, und schon im Jahre 1804 sehen wir ihn, zu Bayern schon durch eine ausführliche Kritik eines bayerischen Gesetzentwurfes in Beziehung getreten, als Professor in Landshut.

Wie glänzend auch die Erfolge waren, die F. als Lehrer hatte, sie allein könnten die Raschheit, mit welcher sein Name, sein Ruhm, und das Verlangen, ihn zu besitzen, über so verschiedene Theile Deutschlands sich verbreitete, nicht erklären. In der That aber fällt in dieselbe durch häusliche Sorgen, Actenarbeit und manches Andere vielfach erfüllte Zeit eine Reihe von literarischen Leistungen, mit welchen an Umfang, Vielseitigkeit, innerer Bedeutsamkeit und äußerlicher Wirksamkeit wenig sich vergleichen läßt. Im J. 1799 erschien der erste, im J. 1800 der zweite Band seiner „Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts." In demselben Jahre ein gegen Grolman's Präventionstheorie gerichteter Excurs zur Revision: „Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers." Eine Reihe von höchst bedeutsamen Abhandlungen — wir übergehen Recensionen, welche namentlich die „Jenaer allgemeine Literaturzeitung" brachte — lieferte er um dieselbe Zeit der „Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde;" es wird genügen, die für die ganze Lehre epochemachenden „Betrachtungen über Dolus und Culpa überhaupt und den dolus indirectus" zu erwähnen. Im Jahre 1801 erschien die erste Auflage jenes „Lehrbuches des gemeinen in Deutschland giltigen peinlichen Rechts"[2]), welches in zahlreichen Wiederabdrücken umgeändert, ergänzt, commentirt, durch mehr als dreißig Jahre, wenn auch nicht ausschließlich, doch entschiedener als irgend ein anderes, die deutsche Doctrin leitete, die deutsche Praxis beherrschte, das noch lange nach des Verfassers Tod den besten Rahmen zur Darstellung der Literatur des Criminalrechtes (Kappler), den besten Anhaltspunkt für den Lehr-

[2]) Mit der schönen Dedication: Seinem v. Grolman. Ἀγαθὴ ἔρις, quum invicem se mutuis exhortationibus amici ad amorem veritatis exacuunt.

vortrag und die Darstellung der Fortschritte der Wissenschaft zu bieten schien, und auch künftig in der Bibliothek eines Criminalisten so wenig wird fehlen dürfen, als etwa die Libri terribiles des Corpus juris oder die Carolina. Seine „Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die kurpfalzbayerischen Staaten“ [3]) ist schon früher erwähnt worden.

Den meisten dieser Arbeiten begegnen wir in der Literatur des Criminalrechts noch jeden Tag; ihre Nachwirkungen lassen sich leicht in jeder Partie der Doctrin und der Gesetzgebung des heutigen deutschen Strafrechts nachweisen. Dennoch muß man sich in die Zeit, welche sie zuerst hervortreten sah, zurückversetzen, um die volle Bedeutung derselben richtig zu würdigen und ihre große äußere Wirksamkeit sich erklären zu können.

Seit Beccaria über „Verbrechen und Strafen“ geschrieben, seit Voltaire die Sache Calas zu der seinen gemacht hatte, war die Beschäftigung mit dem Strafrecht Mode geworden, und in der Tagesliteratur der Zeit, in zahllosen Büchern, Flugschriften, Verbesserungsvorschlägen u. s. w. begegnet man unablässig Ausrufen des Entsetzens über den Zustand der Strafrechtspflege in Europa, besonders aber in Deutschland. Und in der That, wenn man Alles bei Seite läßt, was möglicherweise auf Uebertreibung zurückgeführt werden kann, wenn man auch der krankhaften Sentimentalität der Zeit Rechnung trägt, welche ohnehin in jenen Schriften offen genug zur Schau getragen wird, wenn man nur das im Auge behält, was in der streng juristischen Literatur bezeugt ist, von Männern bezeugt ist, die eben nicht anklagen, sondern vertheidigen wollen: so bleibt noch genug übrig, um Denen einen unsterblichen Namen zu sichern, welche dazu beigetragen haben, in verhältnißmäßig kurzer Zeit jene Zustände so weit zurückzudrängen, daß man nach Ablauf von nicht mehr als einem halben Jahrhundert Mühe hat, zu glauben, daß sie je bestanden.

Die Reichsgesetzgebung war in völligen Stillstand gerathen; wie wenig nachhaltig die Wirksamkeit der Reichsgerichtsbarkeit war, ist bekannt genug, und mit der Strafrechtspflege hatte sie sich überdies höchstens im Vorübergehen zu beschäftigen. Die alte Vorstellung, welche

[3]) Gießen 1804 (3 Th.) Ebendaselbst erschien 1803 der erste (einzige) Band „Civilistischer Versuche,“ unter denen namentlich die Abhandlung: „Entdeckung des Unterschiedes zwischen servitus luminum und servitus ne luminibus officiatur“ hervorzuheben ist.

die Halsgerichtsbarkeit an den König knüpfte, so daß sie nur unter seinem Bann gehegt werden konnte, war nicht verläugnet oder unwirksam geworden, seitdem jener Königsbann dem Herrn jedes kleinsten Territoriums geliehen war. Das war ein altes Uebel; aber es wurde täglich empfindlicher. Solche kleine Territorien, die kaum einen Scharfrichter besolden konnten, wie hätten sie ein achtbares Richtercollegium bestellen, wie auch nur mit Sicherheit auf einen einzigen, intelligenten, ehrenhaften Richter rechnen können? Wie oft war dort ein Todesurtheil nicht vollzogen, weil die Kosten der Vollziehung zu unerschwinglich schienen; wie oft wieder aus gleichem Grund unverholen und wohl auch nicht ohne Erfolg der Wunsch verrathen, daß die Todesstrafe auf diesen oder jenen Fall eher als die Gefängnißstrafe anwendbar gefunden werde! In einem Land, das kein Gefängniß hat, ist Landesverweisung fast immer die unmittelbar nach der Todesstrafe kommende Strafart, und wie ernsthaft die Landesverweisung bei dem Umfang so manchen Ländchens zu nehmen war, kann man sich denken.

Die Carolina hat sichtlich ihre Hoffnungen für Verbesserung der Strafrechtspflege in Deutschland auf den wachsenden Einfluß der Rechtsgelehrten und das Institut der Actenversendung gegründet. Dieses letztere hatte sich auch zu der Zeit, von welcher hier die Rede ist, längst vollständig durchgesetzt, und mit Ausnahme der größten Territorien, welche eigene Obergerichte hergestellt hatten, war die Urtheilsfällung überall in die Hände der Juristen-Facultäten der deutschen Universitäten gelegt. Indeß war gegen die Art ihrer Wirksamkeit Vieles zu sagen. Vor Allem war sie auf den einzelnen Fall beschränkt, und bot also gegen durchgreifende, immer wiederkehrende Uebel nicht jene Abhilfe, welche die immer gleich bleibende Aufsicht und das persönliche Uebergewicht eines Obergerichtes zu gewähren vermöchte. Dazu kam, daß dem Angeschuldigten ein Ablehnungsrecht, nicht in Bezug auf einzelne Mitglieder des Spruchscollegiums, sondern in Bezug auf die Collegien selbst (er konnte sich herkömmlicher Weise drei verbitten) zustand, dem Untersuchungsgericht dagegen die freie Wahl unter den nicht abgelehnten. Wie hätte das Spruchcollegium mit voller Unparteilichkeit jene Prüfung der Untersuchungsacte vornehmen sollen, die man von ihm erwarten mußte, wenn das Untersuchungsgericht selbst es zu dem Geschäft nach Belieben auswählte? Wie hätte man wenigstens darauf rechnen können, daß das geschehe, wenn man wußte, daß die sehr bedeutenden persönlichen Emo-

lumente der Spruchpraxis steigen oder fallen mußten, je nachdem es dem Collegium gelang oder mißlang, sich bei den Untersuchungsgerichten beliebt zu machen?

So kam es in der That sehr oft, daß Urtheile gefällt wurden, die sehr geeignet waren, den Verdacht zu erwecken, daß man entweder dem Inquirenten zu Lieb' gesprochen, oder aus pecuniären Rücksichten da geurtheilt hatte, wo die Sache anerkanntermaßen noch nicht spruchreif war; wie z. B. die Marburger Facultät in einem Falle, der seiner Zeit viel besprochen wurde, obgleich der Inquisit nur die defensio pro avertenda tortura, nicht aber die Hauptvertheidigung eingebracht hatte, ihn dennoch zum Tod durch den Strang verurtheilte, und nur in den Entscheidungsgründen bemerkte, „daß dem Inquisiten unbenommen bleibe, anstatt eines behufigen Rechtsmittels auf eine nochmalige Defension anzutragen, gestalt denn auch der Hochedle Magistrat dieselbe vor Vollstreckung der Lebensstrafe von Amtswegen gestatten möge."

Auf der anderen Seite wußte man, welche Facultät in dieser oder jener Angelegenheit eine strengere Spruchpraxis festhielt, so daß mit der Wahl oder Ablehnung einer bestimmten Facultät oft schon der Spruch selbst dictirt war, und man den sonderbarsten, darauf sich stützenden Auskunftsmitteln begegnet.

Solche Dinge wären allerdings nicht möglich gewesen, wenn es nicht — und darin lag eben der eigentliche Krebsschaden jener Zustände — nach und nach dahin gekommen wäre, daß die Sprüche der Facultäten völlig willkürlich, in fast ungebundener Freiheit nicht bloß zwischen dem Maximum und Minimum der bisher üblichen Strafe sich bewegten, sondern jeden Augenblick neue, unerhörte Anordnungen enthielten. In dem schon vorhin erwähnten Marburgischen Urtheil wurde z. B. wegen eines qualificirten Diebstahls auf Todesstrafe erkannt; der Vertheidiger hatte es glücklich erreicht, daß die Acten der Göttinger Facultät vorgelegt wurden, und — ganz wie er erwartet hatte — ward dort statt auf den Tod auf lebenslange Freiheitsstrafe gesprochen. Man braucht aber auch gar nicht lange zu suchen, ehe man auf gleichzeitige Urtheile stößt, welche ähnliche Fälle des Diebstahls viel gelinder bestrafen; in einem und demselben Band von Klein's Rechtssprüchen findet sich ein Urtheil, vermöge dessen Inquisit (er hatte einen Einbruchsdiebstahl an Geld im Betrage von 18.000 fl. begangen) „mit achtjähriger

Festungsarbeit zu bestrafen, auch nach ausgestandener Strafe nicht eher zu entlassen war, als bis vorher sorgfältig nachgeforscht worden, ob seine Besserung für wahrscheinlich angenommen werden könne" — und ein anderes, vermöge dessen wegen eines immerhin nicht unbedeutenden, neunmal wiederholten Diebstahls, Inquisit mit vierzig Peitschenhieben auf den bloßen Rücken, oder wenn die Aerzte die Züchtigung für unzulässig erklärten, mit zweijähriger Zuchthausstrafe zu belegen war. Zahllose ähnliche Züge könnten wir anführen. Nur einer sei noch erwähnt. Die Rinteler Juristenfacultät hatte statt der legalen Geldstrafe von 30 Thalern nur auf die Hälfte des Betrages erkannt, und bemerkte, es sei dies zulässig, „sowohl propter communem medii beatitudinem in dubio eligendam (§. 25 Inst. de R. D.), als ad evitandam laesionem ultra dimidium!"

Solche Zerfahrenheit der Praxis ist nur bei völliger Haltlosigkeit der Theorie denkbar; und in der That hatte die Theorie des gemeinen deutschen Criminalrechts allen innern und äußeren Halt verloren. Der erstere fehlte freilich schon, seitdem die Carolina, darauf verzichtend, den Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht selbst überall auszugleichen, das Geschäft den Juristen und somit dem Einfluß der italienischen Praxis überließ, welche, ohne ein einheitliches Ganzes herstellen zu wollen, zufrieden waren, wenn sie für die Beantwortung der einzelnen Frage irgend eine Stelle des römischen oder canonischen Rechtsbuchs zu Hilfe nehmen konnten, ohne dabei durch eine andere Stelle oder durch eine gar zu schroff entgegenstehende deutschrechtliche Uebung gestört zu sein. Auf dieser Grundlage hatte sich eine massenhafte Literatur gebildet, deren Ergebnisse Carpzow gesammelt und mit der Spruchpraxis seiner Zeit in Verbindung gebracht hatte, so eine Anleitung zur Strafrechtspflege herstellend, welche fast keiner Anfrage die Antwort versagte — eine Antwort, die man sich bald gewöhnte, auf Carpzow's Namen allein hin sich gefallen zu lassen. Im Großen und Ganzen beruht, was Kreß, S. Fr., Böhmer, Engau, Koch und Andere (eigentlich auch noch Quistorp) lehren, auf Carpzow, und in diesen späteren Arbeiten führt man ihn vielfach an, wie er selbst die italienischen Praktiker oft anführt — als ultima ratio. Die criminalrechtliche Lehre dieser Epoche steht also mit den Rechtsquellen selbst in einem nur ganz entfernten Zusammenhang. Allein sie hatte Autoritäten für sich, denen man sich eben so willig als dem Gesetze selbst beugte,

so lange ihre Aussprüche nicht mit den Anschauungen und Gefühlen der Zeit in Widerspruch kamen.

Das war aber vorlängst geschehen. Im Kampf gegen die sich häufenden Gräuel der Hexenprocesse hatte Thomasius die Grundlagen des deutschen Strafrechts, namentlich des Processes fester ins Auge gefaßt, als bisher geschehen war; und als die Epidemie ihr Ende genommen hatte und man beschämt und entsetzt zugleich auf das Vorgefallene zurücksah, mußte die Jurisprudenz wohl zuerst der Frage Rede stehen, ob es den Gesetzen oder einer falschen Anwendung derselben zuzuschreiben sei, daß solcher Mißbrauch der Strafrechtspflege möglich geworden sei? Und die Antwort, die sie zu geben hatte, konnte weder ihr Selbstvertrauen erhöhen, noch das Vertrauen Anderer zu ihr steigern.

Nun kamen die siegreichen Angriffe auf die Folter; Geist und Herz — hier einmal völlig im Einklange — sprachen gleich laut gegen das, was so lange, freilich nicht ohne die ausdrücklichsten Anordnungen der Gesetze, in den Händen der Praxis ein vielgebrauchtes Wahrheitserforschungsmittel war. Die Folter mußte fallen! Aber auch wo die Gesetzgebung, an der Spitze der Zeit gehend, durch eine rasche That sie außer Uebung setzte, und so glücklich die Blicke der Menge von ihr abwandte, war die Stellung der Männer, welche durch Lehre oder That an der Anwendung der Folter sich betheiligt hatten, eine äußerst unheimliche. Waren sie nicht, vielleicht gegen ihre Ueberzeugung, im Dienst von Autoritäten, die nun unter ihnen zusammenbrachen, zu Werkzeugen eines unmenschlichen, widersinnigen Processes gemacht worden, und mußten sie nicht, wenn sie fortfuhren, in derselben Treue dem Wortlaut altergrauer Gesetze zu gehorchen und alte Schöppenstuhlsprüche zu copiren, mußten sie nicht besorgen, bald wieder ähnliche beschämende Erfahrungen zu machen? Dazu kam, daß die Gesetze, welche die Folter aufhoben, oft nicht einmal die nothdürftigste Vorkehrung für Ersetzung derselben getroffen, Alles wieder den Juristen überlassen hatten. Und mit dem bisherigen Gesetz, namentlich mit dem Verbot der Carolina, auf Indicien hin zu verurtheilen, war eine Strafrechtspflege doch nur möglich, wenn die Folter nachhalf! Ueberdieß hatte die Tortur auf alle Theile des Strafrechtssystems sichtlich Einfluß geübt; auch fürs materielle Recht tauchten jetzt zahllose Fragen auf, die bisher unpraktisch gewesen waren und wurden Distinctionen unhaltbar, welche bisher sehr leicht durchgeführt werden konnten. — So wurde selbst in jenen Län-

dern, welche die Tortur aufgaben, der Jurist plötzlich über das Gesetz gestellt, dem er doch dienen sollte. In welcher Lage befand sich nun aber ein Richter, wenn er für ein Land Recht sprechen sollte, in welchem die Folter legal noch existirte!

Bald mehrten sich die Conflicte. So lange man den Verdächtigen täglich das Aergste erdulden sah, konnte man kaum dazu gelangen, von den Qualen berührt zu werden, welche dem verurtheilten Verbrecher auferlegt wurden. Jetzt machte sich, nicht wenig gefördert durch die krankhafte Reizbarkeit und Verweichlichung der Zeit, der gerechte Unwille gegen die unnöthige und empörende Härte der meisten üblichen Hinrichtungsarten so laut geltend, daß die obersten Stufen der bisherigen Strafenscala aus der Praxis in verhältnißmäßig kurzer Zeit verschwanden; dadurch wurden aber auch die gegenseitigen Verhältnisse der Verbrechen und der minder schweren Strafen gänzlich geändert, und für eine Unzahl von Fällen war wieder Alles auf die Willkür des Richters gestellt. Wenn dann der Sinn der Zeit sich lossagte von der Sittenstrenge der Alten, gegen die Härte sich auflehnte, mit welcher bisher gewisse Verbrechen (z. B. die Fleischesverbrechen, der Kindesmord u. dgl.) behandelt wurden; wenn im Namen dessen, was man recht laut Philosophie nannte und was in der That nichts anderes war, als eine je nach der Begabung des Redenden mehr oder weniger werthvolle Sammlung criminalpolitischer Ansichten, jeden Augenblick ein anderes Element des positiven deutschen Criminalrechts angegriffen, wenn jeden Tag ein neuer Verbesserungsvorschlag im Namen einer Vernunft vorgebracht wurde, die auf unmittelbare Anerkennung ihrer über allem positiven Gesetz stehenden Lehren Anspruch haben sollte: so darf man sich nicht wundern, wenn die Juristen der Zeit nichts unversucht ließen, um — wäre es auch mittelst der auffallendsten Verläugnung des geltenden Rechtes — mit den Forderungen der Zeit sich in Einklang zu halten und dafür plausible Gründe zu finden; aber auch nicht darüber, daß diese neue Art, mit dem positiven Rechte umzuspringen, bald, wie ein Corrosivgift, Alles zerfraß, was noch fest und haltbar geschienen, und daß bald nichts von dem übrig blieb, was noch eine unüberschreitbare Schranke gegen die Uebergriffe richterlicher Willkür und Ausbrüche individueller Stimmungen geschienen hatte.

Die gemeinrechtliche Doctrin hatte nur nach oben hin positive Grenzen der Strafgewalt gesehen, nicht aber nach unten hin. Nur für

die mit den schwersten Strafen zu belegenden Verbrechen glaubte sie eine ausdrückliche Straf-Sanction in einer der Quellen des geltenden Rechtes nachweisen zu müssen; wo aber nicht eine dieser schwersten Strafen zu verhängen war, da genügte das obrigkeitliche Züchtigungsrecht, um eine nach Ansicht der Rechtsverständigen strafbare Handlung mit einer arbiträren Strafe ahnden zu können. Welche Handlungen als strafbar angesehen werden möchten, dafür fehlte es an jedem festen Anhaltspunkte. Die Strafrechtspflege hatte sich selbst um ihren Grund und ihre Bestimmung noch nicht gefragt, und ohne sich dessen klar bewußt zu werden, hatte man wohl häufig das Unsittliche ohne weiters auch schon als strafbar angesehen.

Eben deßhalb aber hatten die oft mit vieler Gründlichkeit geführten Untersuchungen über das Wesen der einzelnen Verbrechen und über den Thatbestand derselben für die Rechtspflege doch nur eine sehr untergeordnete Bedeutung, deßhalb nämlich, weil man nur auf die ordentliche Strafe zu verzichten brauchte, um dasjenige arbiträr und dabei noch ziemlich empfindlich strafen zu können, was zugestandenermaßen den Anforderungen der Doctrin in Bezug auf den Thatbestand dieses bestimmten Verbrechens nicht entsprach. Die Frage also, ob der Thatbestand dieses bestimmten Verbrechens gegeben sei, hatte nicht die Bedeutung, daß die verneinende Beantwortung derselben den Beschuldigten von jeder Strafe befreite, sie hatte sehr häufig nur die Wirkung, daß wegen mangelhaften Thatbestandes auf eine außerordentliche Strafe erkannt wurde. Daß auf diese Weise die Grenzen des Strafbaren und Nichtstrafbaren verrückt werden, die Grenzmarken der einzelnen Verbrechen vollständig in einander verlaufen mußten, daß die Untersuchungen über die Natur des Verbrechens im Allgemeinen und über das, was man später die allgemeinen Lehren des Strafrechtes genannt hat, eben keine große Bedeutung erlangen konnten, ist klar. Sowie man sich aber gewöhnt hatte, nach der Analogie der für ein Verbrechen gegebenen Norm zu strafen, auch wenn dieses Verbrechen nicht gegeben war, vielmehr etwas am Thatbestande desselben fehlte, genug daß der bekannte und erwiesene Sachverhalt eine gewisse Verwandschaft mit diesem Thatbestande hatte und sich ihm näherte: so hatte man auch zum Theil in der humanen Absicht, den Gebrauch der Folter zu vermindern, sich daran gewöhnt, auf den vollen Beweis der Schuld zu verzichten, sowie man nur nicht darauf bestand, die ordentliche Strafe zu verhän-

gen. Man strafte, obgleich der volle Thatbestand des Verbrechens wirklich nicht vorhanden war, und strafte aus diesem Grund nur milder; es lag nahe, eine ähnliche, geringere Strafe eintreten zu lassen, wenn nicht der volle Thatbestand erwiesen und wenn der Thatbestand nicht vollkommen erwiesen war.

Seitdem der Anklageproceß außer Uebung gerathen war, waren auch nicht bloß die alten Grundsätze über die Beweislast gänzlich außer Anwendung gesetzt, sondern es waren auch keine neuen zur Anerkennung gelangt. Der Entwicklungsgang des Inquisitions-Processes, welcher die Geschäfte des Anklägers und Vertheidigers immer entschiedener und ausschließlicher in den Händen des Richters vereinigte, mußte nothwendig dahin führen, daß die Ungewißheit immer größer wurde. Von dem Augenblicke an, wo die Sammlung der Beweise dem Richter oblag, mußte dem deutschen Criminalprocesse dasjenige fehlen, was den Grundsätzen über die Beweislast allein Wirksamkeit verschafft, nämlich die Annahme, daß gewisse Thatsachen so lange für wahr zu halten seien, als ihr Gegentheil nicht außer Zweifel gesetzt worden.

Die letzten Reste alter in dieser Beziehung geltender Rechtsgrundsätze wurden aber durch die eben bezeichneten Verhältnisse, namentlich durch die Aufhebung der Tortur noch vollständig verwischt, und wie schon früher der unglaubliche Satz sich Geltung verschafft hatte, daß von der Strenge des Beweisrechtes um so eher nachgelassen werden müsse, je schwerer das Verbrechen sei, auf welches sich die Beschuldigung beziehe, — so schien es fast, als sei es dem Bewußtsein der Zeit gänzlich entschwunden, daß „schuldig" und „nicht schuldig" zwei Gegensätze seien, die einander vollständig ausschließen, und zwischen welchen es ein Mittleres nicht geben könne. Sowie man sich berechtigt hielt, die außerordentliche Strafe auf das anzuwenden, was als der geringere Grad der Schuld angesehen wurde, so gewöhnte man sich jetzt mehr und mehr, sie auch dann eintreten zu lassen, wenn ein geringerer Grad der Gewißheit der Schuld vorhanden war, und für den Zweifel an der Schuld eine Ausgleichung darin zu suchen, daß nicht die volle Strafe des Verbrechens verhängt ward. Man kann denken, daß mit dem Ueberhandnehmen dieser Verdachtsstrafen, und sie mußten nach dem früher Gesagten ja von Tag zu Tag häufiger werden, Theorie und Praxis des gemeinen deutschen Strafrechtes nach und nach fast allen festen Boden unter ihren Füßen verlieren mußten.

Wie aber sollte abgeholfen werden? Von der Philosophie freilich erwarteten Viele diese Hilfe, von ihr, der man eben in jener Zeit ohnehin eine um so größere Wunderkraft beimaß, je weniger Menschen es gab, die in der That streng philosophischen Studien ihre eigenen regelloser als je hervorschießenden Einfälle und Gedanken unterordneten. Allein was bisher in dieser Beziehung hervorgetreten war, hatte höchstens das Bedürfniß verrathen, von den vereinzelten Gesetzestexten und aus dem Chaos einander widersprechender uralter Sprüche zurück zu gelangen zu den ursprünglichen Grundlagen des Staates und des Strafrechts; befriedigt war dieses Bedürfniß keineswegs worden, vielmehr haben wir bereits gesehen, daß Bestrebungen dieser Art eher dazu beitrugen, Verwirrung und Willkür noch zu steigern, besonders wenn das, was auf diese Weise als Ergebniß philosophischer Betrachtung hingestellt wurde, als das allgemein Wahre unmittelbare und unbedingte Unterwerfung forderte. Fördernde Resultate waren offenbar nur dann zu erwarten, wenn der Boden des positiven Rechtes nicht verlassen, sondern der bestehende Rechtszustand kritisch beleuchtet, die durch willkürlichen Zubau verdeckte und entstellte Grundform des Gebäudes wieder bloßgelegt und hergestellt wurde.

An Versuchen und Anregungen dazu hat es in der That nicht gefehlt. Es ist beachtenswerth, daß in den Händen der gelehrten Juristen nach und nach dem römischen Rechte mehr und mehr das Uebergewicht über die Rechte deutscher Gewohnheiten verschafft wurde, und daß die Kenntniß des römischen Rechtes selbst, namentlich bei Männern wie Samuel Friedrich Böhmer, Koch, Püttmann u. s. w. nicht unbedeutend gewachsen war. Daß damit für die Herstellung größerer Einheit ein bedeutender Schritt geschehen, daß die Aufmerksamkeit vorzugsweise auf das bisher vernachlässigte Willensmoment gelenkt, die im römischen Rechte doch so entwickelte Lehre von dolus und culpa in den Vordergrund gestellt wurde, daß man auch über das Wesen des in der Stille heranwachsenden Inquisitions-Processes seit Thomasius, zum Theil schon seit Brunnemann richtigere Vorstellungen hatte, die sich noch klären mußten, sobald die Nachwirkungen der Tortur verschwanden, — das Alles läßt sich nicht verkennen. Auch hatten schon zum Theil unter dem Eindrucke der legislativen Arbeiten, welche in Preußen, Oesterreich, Bayern theils vollendet waren, theils vorbereitet wurden, Männer wie Klein und Kleinschrod anerkennenswerthe Versuche gemacht, den

Forderungen der Zeit durch tiefere Begründung des Strafrechtes Genüge zu leisten. Allein alle diese Versuche sind matt und unwirksam, nicht durchgreifend genug. Man sieht bald, daß diejenigen, die sie machten, in der durch und durch verderbten Praxis ihrer Zeit stehend, die gewichtigsten Uebelstände entweder selbst nicht klar genug erkannten, oder ihnen nicht energisch genug entgegentraten, ja daß sie selbst, wo Letzteres geschah, häufig geneigt waren, im einzelnen Falle Concessionen an dasjenige zu machen, was sie principiell verworfen hatten.

In diese Verhältnisse greift nun die Wirksamkeit zweier jungen Männer ein, die ohne Verbindungen, ohne hervorragende Stellung, blos von richtiger Kenntniß der Bedürfnisse ihrer Zeit geleitet, von einem ernsten, sittlichen Willen, von heiligem Eifer für Recht und Wahrheit getragen, fast bei ihrem ersten Auftreten schon mit den bestehenden criminalistischen Zuständen in offenen und entschiedenen Widerspruch sich setzten, eine neue Begründung des Strafrechts, eine gründliche Neugestaltung desselben von Anfang an auf ihre Fahne schreibend.

Die beiden Männer waren Grolman und Feuerbach. Was sie vor Allem andern zu fordern nicht müde wurden, trifft in der That den eigentlichen Mittelpunkt der vorhin bezeichneten Uebelstände. Es war in ganz Deutschland in Vergessenheit gerathen, daß es Gesetze gebe, welche die Strafrechtspflege beherrschen. Auf den Standpunkt des Gesetzes stellten sich also Feuerbach und Grolman, indem sie der gedankenlosen Willkür einer schrankenlosen, unsichern Praxis den Krieg erklärten. Der Krieg wurde mit Erbitterung geführt und, wie es nicht fehlen konnte, mit Einseitigkeit. Wenn wir heute, unbefangen auf jene Zeiten zurückschauen, läßt sich freilig nicht verkennen, daß es ein etwas sonderbares Verlangen war, in einem Reiche, das in der That niemals ein wirkliches Strafgesetzbuch besessen hatte, in welchem die verschiedensten schriftlichen Anordnungen und Aufzeichnungen über die Strafrechtspflege neben einander standen, und niemals anders in Wirksamkeit gesetzt worden waren, als mit Vorbehalt bestehender und sich weiter entwickelnder Gewohnheiten und mit unabläßiger Berufung auf Rath, Ausspruch und Uebung der Rechtsverständigen, daß in einem solchen Reiche nach Jahrhunderten einer abweichenden und vielfach keineswegs mit Unrecht abweichenden Praxis überall plötzlich auf den Buchstaben dieses oder jenes Gesetzes zurückgegangen werden sollte.

Aber wenn die Rigoriſten (ſo nannte man ſie bald) darin Unrecht hatten, wenn ſie die Natur der Rechtsquellen einſeitig und ſelbſt falſch auffaßten, ſo hatten ſie doch das rechte Mittel getroffen, um demjenigen ein Ende zu machen, was mit Rechtszuſtänden überhaupt nicht, am allerwenigſten aber mit Strafrechtspflege ſich vereinigen läßt — der ſchrankenloſen Willkür des Richters, einem Zuſtande, in welchem dieſer letztere das Recht nicht blos anzuwenden hat, ſondern es auch aus ſich heraus und nur aus ſich ſchöpft. Hatten ſie ferner ſchon Vieles für ſich, wenn ſie mit Ernſt und Nachdruck darauf beſtanden, daß ein Geſetz, wie ſtreng, wie hart, wie veraltet auch immer, noch immer ein Geſetz bleibe, dem man gehorchen müſſe, und daß ſelbſt dieſer Gehorſam minder gefährlich und minder drückend ſei, als die Berechtigung des Richters, von dieſem nach ſeiner Einſicht und ſeinem Ermeſſen abzuweichen, daß es Sache des Geſetzgebers, allenfalls des Begnadigers, nicht Sache des Richters ſei, das im Lauf der Zeiten verſchobene Verhältniß zwiſchen Schuld und Strafe wieder ins Gleiche zu bringen: ſo gewannen ſie andererſeiſs durch dieſe Unterſuchung Raum für einen Satz, welcher die Fundamentalregel des modernen Strafrechts geworden iſt, für den Satz nämlich: daß es keine Strafe geben könne ohne ein Strafgeſetz, und daß keine Handlung ſtrafbar ſei ohne ein Geſetz das ſie mit einer beſtimmten Strafe bedroht.

Obgleich dieſe Beſtrebungen Feuerbach zunächſt in einen heftigen Kampf gegen die Herrſchaft der Philoſophie auf dem Gebiete des poſitiven Rechtes führen mußten, obgleich er es ſelbſt als die „Tendenz ſeines ganzen Syſtems“ bezeichnet, „die Anmaßungen der Philoſophie in dem peinlichen Rechte einzuſchränken, der Herrſchaft jener launenhaften Tyrannin im poſitiven Rechte entgegen zu arbeiten, und ihr in der Jurisprudenz nichts weiter übrig zu laſſen, als das Geſchäft und die Ehre, eine unterthänige Dienerin der Geſetze zu ſein,“ kann er ihrer doch nirgends bei ſeinem eigenen Werke entbehren, denn alle die großen Lücken, welche im Syſteme des gemeinen deutſchen Criminalrechtes durch den vorhin beſchriebenen Ausſcheidungsproceß entſtehen, muß nach ſeiner Anſicht die Philoſophie ausfüllen; ja, ſie muß das Grundgebäude geben, auf welchem das ganze Syſtem, das Syſtem in ſeinem Sinne, beruht. — Die Strafrechts-Theorie, welche er zu dieſem doppelten Zwecke aufſtellt, kann man aber doch nur in einem ſehr beſchränkten Sinne eine philoſophiſche nennen. Sowie er die rein juriſtiſche Aufgabe, die Natur

der ſtrafbaren Handlung und die der Strafe begrifflich zu entwickeln, nicht ohne Selbſttäuſchung als eine philoſophiſche erklärt, und deßhalb den der Darſtellung dieſer Lehren gewidmeten allgemeinen Theil als einen philoſophiſchen dem beſonderen, d. h. die einzelnen Verbrechen darſtellenden — poſitiven — gegenüberſtellt: ſo iſt ſelbſt der Grundgedanke, die Art und Weiſe, wie er die Strafe rechtfertigt und erklärt, ſtreng poſitiv; ſie iſt keineswegs als bloße Abſtraction, als philoſophiſche Ableitung aus einem feſten, oberſten Grundſatze zu betrachten; vielmehr drängt die ganze Richtung der Zeit und die Aufgabe, welche zunächſt damals zu löſen war, dahin, daß Alles abgelehnt werde, was das Strafrecht auf einen abſtracten Boden, auf den eines höheren, übermenſchlichen Gedankens ſtellen müßte.

Der Gedanke, daß durch die Strafe einer religiöſen oder ethiſchen Idee Genüge geleiſtet werden ſolle, daß in ihr die bürgerliche Geſellſchaft ſelbſt ſich nur einer Pflicht entledige gegenüber einer höheren Ordnung der Dinge, welcher auch ſie nur als Stufe dient, wird entſchieden abgewieſen. Der Staat wird ganz im Sinne der Zeit unbedingt und ausſchließend als rechtliche Ordnung genommen, und als ein Mittel, dem ſtaatlichen Zwecke zu genügen, erſcheint die Beſtrafung des Verbrechens zu gleicher Zeit als ein Recht, das in den Händen der Staatsgewalt ruht, und das ſie gebrauchen oder nicht gebrauchen könnte, je nachdem das Eine oder das Andere ihren Zwecken förderlicher wäre. Die Strafe iſt alſo ein Uebel, aber ſie iſt ein nothwendiges Uebel, denn eben nur weil ſie nothwendig iſt, iſt ſie gerechtfertigt. — Darin kommen alle relativen Strafrechts-Theorien zuſammen, und das war namentlich die Anſchauung, welcher Beccaria und Filangieri zu jener Zeit eine geradezu ausſchließliche Herrſchaft über Europa geſichert hatten.

Beccaria und Filangieri indeß ſtehen beide noch zu nahe an der Praxis des Criminalrechtes ihrer Zeit, und ihre Theorie, die der unmittelbaren Abſchreckung, der Abſchreckung durch den Vollzug der Strafe, drückt doch eigentlich mehr den Gedanken dieſer Praxis aus, als das Programm einer neuen Entwicklung. In der Rechtfertigung der Strafe durch die abſchreckende Wirkung, die ſie auf Andere übt, — wenn dieſe allein die Strafe rechtfertigen ſollte, — liegt etwas ſo Verletzendes, in der Behandlung eines Menſchen als bloßen Mittels für außer ihm liegende Zwecke, ohne Rückſicht darauf, welche Beziehung zwiſchen dieſer Behandlung und dem inneren Verhalten des Beſtraften liege, etwas ſo

Hartes, Unmenschliches, ja man kann sagen, Empörendes, daß der Grundgedanke auf die Länge wohl kaum haltbar blieb, mehr einen Ersatz für eine Erklärung, als eine solche selbst abzugeben schien. Hier nun kann man in der Darstellung Feuerbach's einen entschiedenen Fortschritt nicht verkennen. Sein Ideengang und sein bekanntes System läßt sich kurz in Folgendem darstellen:

Der rechtliche Zustand, das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechtes fordern, daß Rechtsverletzungen unmöglich gemacht werden. Der Staat muß und darf also alles dasjenige thun, was nöthig ist, um Rechtsverletzungen unmöglich zu machen. Dazu aber gibt es einen doppelten Weg. Die physische Verhinderung ist sicher das beste Auskunftsmittel, aber eines, das eben anerkanntermaßen für sich allein nicht ausreicht, um den rechtlichen Zustand zu erhalten; jedem einzelnen Menschen es unmöglich zu machen, Rechtsverletzungen zu begehen, wird niemals gelingen. Sollten also Rechtsverletzungen verhindert werden, so wird auf den *Willen* gewirkt, es wird dafür gesorgt werden müssen, daß Niemand Rechtsverletzungen begehen *wolle*. Psychologisch also ist die Aufgabe zu fassen, und ein psychologisches Mittel wird es sein, dessen sich der Staat bedient, um Verbrechen zu verhindern. Wäre der Mensch ein *freies* Wesen, d. h. *nur* den Gesetzen der Vernunft, nicht sinnlichen Einwirkungen unterworfen, nicht unter der Herrschaft von Affecten und Leidenschaften stehend, dann hätte der Staat keine andere Aufgabe, als das, was vernünftig und recht ist, jedem Einzelnen erkennbar zu machen. Dieser würde dann in sich selbst Willen und Kraft finden, nach der so gewonnenen Norm auch zu leben. Da aber der Mensch unfrei, d. h. eben von Leidenschaften, sinnlichen Trieben bestimmt ist, die er bekämpfen soll, aber nicht immer mit Erfolg bekämpft, handelt es sich darum, jenen Trieben unmittelbar entgegenzutreten. Knüpft sich also an die Vorstellung einer künftigen Rechtsverletzung ein Gefühl der Lust, welches zu der That antreibt, so kommt es darauf an, diesem Antriebe einen andern entgegenzusetzen, dafür zu sorgen, daß zugleich mit dem Gefühle der Lust ein Gefühl der Unlust sich als bevorstehend ankündige, — daß neben dem, was das Begehren reizt, gleichzeitig, und damit untrennbar verbunden, ein Anderes erscheine, was der Mensch seiner Natur nach fliehen muß. Dieses wird aber erreicht durch die Strafandrohung, welche an die Vorstellung der künftigen Rechtsverletzung und der von ihr gehofften Befriedigung die Vorstellung

eines Uebels knüpft, welches größer ist, als die Befriedigung, die der Handelnde in der Ausführung seines Vorhabens finden könnte.

Diese Drohung also ist das große und universelle Mittel, vermöge dessen der Staat sich seine Wirksamkeit, dem Unterthan sein Recht, jedem Einzelnen seine ruhige Existenz sichert. So oft Jemand in Versuchung geführt wird, eine Rechtsverletzung zu begehen, zeigt ihm das Strafgesetz ein Uebel als damit verbunden, welches schwerer zu tragen ist, als der Verzicht auf jene Befriedigung, die er sich von der Rechtsverletzung versprechen könnte. — Daß die Strafandrohung aber diese Wirkung habe, dazu wird nun freilich gefordert, daß sie eine ernste sei und als ernst von Jedermann erkannt werde, wird gefordert, daß sie, wenn ihre Bedingung eintritt, auch zur Wahrheit werde. Der Strafvollzug ist also, wie man sieht, gewissermaßen nur ein zufälliges Anhängsel des Systems, in der Regel überflüssig, nothwendig nur da, wo das System eben sich unausreichend gezeigt hat. Das Entscheidende ist die Drohung, und angedroht muß uns eben gerade jenes Uebel werden, welches am meisten geeignet ist, dem Antriebe zum Verbrechen entgegenzuwirken. Darin liegt also für den Gesetzgeber sowohl als für den Richter, welcher ein unbestimmtes Strafgesetz anzuwenden hat, der Anhaltspunkt für die Strafbestimmung. Je größer die Versuchung, die zu dem Verbrechen hinzieht, desto größer die Strafe, die auf das Verbrechen gesetzt werden, die dem Verbrechen folgen muß. —

Wie aber läßt sich nun zuletzt diese Bestrafung, zu der es ja doch immer wieder kommt, rechtfertigen? Feuerbach versucht dieses auf doppelte Weise und gibt damit zu gleicher Zeit deutlich genug zu erkennen, daß ihm selbst keiner dieser beiden Versuche für sich allein befriedigend erscheint.

Der erste Versuch ist der: Jeder sei, so meint er, sicherlich berechtigt, sich zu vertheidigen, und wenn nun eine Drohung als das geeignete Mittel dazu erscheine, so dürfe man sich dieses Mittels um so unbedenklicher bedienen, weil ja die Drohung selbst etwas an sich völlig Unschädliches, in die Freiheit eines Andern nichts Eingreifendes sei. Die Strafandrohung rechtfertige sich also auf diese Weise von selbst; der Strafvollzug aber sei nichts Anderes als die Consequenz dieser Strafandrohung, und sowie diese gerechtfertigt sei, sei es auch jene. — Ergänzt wird dann diese Art der Beweisführung durch die Bemerkung, daß ja in der Unternehmung dessen, was ausdrücklich mit Strafe be-

droht sei, die freiwillige Unterwerfung unter dieses Strafübel nicht zu verkennen sei. In dieser freiwilligen Unterwerfung des Bestraften unter die Strafe sei nun auch wieder die Rechtfertigung der nachfolgenden Bestrafung zu gewahren.

In unseren Tagen ist es wohl nicht mehr nöthig, darauf hinzuweisen, wie gekünstelt diese ganze Theorie sei, und wie sie eben durch das Uebermaß der Feinheit, die aufgeboten werden muß, um etwas zu rechtfertigen, was doch nur haltbar sein kann, wenn es auf die planste, deutlichste und natürlichste Weise sich rechtfertigen läßt, — gerichtet wird. Der eigentlich wunde Fleck des Systems ist die Voraussetzung, daß es in der That möglich sei, durch eine Strafandrohung dem Antriebe zum Verbrechen mit Erfolg entgegenzutreten. Würde darauf und darauf allein die Rechtfertigung der Strafe beruhen, so läßt sich wohl kaum verkennen, daß die Strafrechtspflege in zahllosen Fällen völlig gedanken- und zwecklos gehandhabt werde, weil anerkanntermaßen der einzige Zweck, um dessentwillen sie überhaupt wirksam ist, durch ihre Thätigkeit nicht zu erreichen ist; ja, jeder einzelne Act der Strafrechtspflege wäre nach Feuerbach selbst nichts Anderes als ein trauriger Beweis mehr für die Unwirksamkeit des Systems, auf welches doch diese Strafrechtspflege selbst gebaut ist. Welch trauriges Bild gewährt diese rastlose und unermeßliche Thätigkeit einer großen Anzahl von Gerichten, wenn man sich sagen muß, daß anerkanntermaßen jeder einzelne Strafact als etwas Zweck- und Nutzloses anzusehen ist, und nur vorgenommen wird, damit eine Drohung nicht unwirksam werde, die es, wie der Fall es klar genug zeigt, ohnehin schon ist. Dazu kommt noch, daß es nun Feuerbach in der That nicht gelingt, einen Rechtsgrund für seine Strafe nachzuweisen. Allerdings, wenn die Drohung einen Eingriff in die Freiheit eines Andern nicht enthält, mag man sie als etwas Erlaubtes hingehen lassen; wie kann aber aus dieser einfach gestatteten Drohung das Recht abgeleitet werden, sie in Vollzug zu setzen? — Zugegeben, daß man berechtigt sei, zu drohen, wenn die Drohung Niemand verletzt, folgt daraus, daß man auch berechtigt sei, der Drohung durch Mittel Nachdruck zu verschaffen, welche allerdings verletzen, und sind umgekehrt jene Mittel, ist der Vollzug mit der Drohung wirklich untrennbar verknüpft, dann ist wieder die Drohung nicht etwas, was die Rechte keines Andern verletzt, und erlaubtermaßen vorgebracht werden kann.

Es kann indeß hier nicht darauf ankommen, den innern Werth

der Feuerbach'schen Strafrechtstheorie zu prüfen. Uns kann nur die Frage beschäftigen, welche geschichtliche Bedeutung sie hatte, welchen Verhältnissen sie es verdankte, daß sie für die Entwicklung des deutschen Strafrechts eine so große Bedeutung erlangte. Betrachten wir sie von diesem Gesichtspunkte aus, so müssen wir in ihr allerdings gerade das erkennen, was im Augenblick Noth that.

Die Abschreckungsmaxime hatte die Praxis, wenn auch nicht die Theorie des älteren Rechtes beherrscht, und dem mehr oder weniger deutlich eingestandenen Bestreben, einzuschüchtern und abzuschrecken, sind die rohesten Excesse derselben zuzuschreiben; auch wird die Rücksicht auf die Abschreckung niemals ganz ohne Einfluß auf den Praktiker bleiben und selbst das große Publikum nie ganz gegen sich haben. Wenn man nun einerseits versuchte, durch sophistische Bestreitung der abschreckenden Wirkung mancher Strafen menschlicherer Behandlung der Verbrecher Bahn zu brechen, andererseits wieder eine übel angebrachte Verweichlichung allen Ernst des Verbrechens und der Strafe hinwegzutheoretisiren sich anschickte: so mußte jenes Bestreben an der herzlosen Routine, dieses an der eigenen Hohlheit scheitern, und selbst tiefere Erörterungen blieben oft erfolglos, weil sie dem Leben und der Praxis so fern standen, daß es anging, sie als unausführbare Träume noch für lange Zeit zu ignoriren. Ja, selbst diejenigen, welche sich ihnen gern zuwendeten, mußten sie doch nur als Vorschläge, an den Gesetzgeber gerichtet, ansehen, und konnten unmöglich geneigt sein, ihnen einen Einfluß auf die Praxis des sichtlich auf so ganz verschiedener Grundlage ruhenden gemeinen Rechtes zu gestatten. Was dagegen Feuerbach seinem System zu Grunde legt, ist damit seinem Wesen nach gar nicht unverträglich; es ist eben nur eine Verfeinerung, fast eine Verklärung dessen, was man geübt hatte, was man aber geübt zu haben nachgerade sich zu schämen anfing. Feuerbach also mußte Gehör und Beachtung finden, wo Beides Anderen versagt wurde; und wie viel war nicht in einem Lande, das keine gemeinsame Gesetzgebung und keinen gemeinsamen höchsten Gerichtshof hat, schon damit gewonnen, daß ein Schriftsteller überall beachtet wird, der mit solcher Festigkeit alle Fragen in's Auge faßt!

Führte schon der Grundgedanke des Feuerbach'schen Systems zu einem Compromiß zwischen dem starren Festhalten am Hergebrachten und dem Hereinbrechen der täglich wachsenden Fluth neuer Meinungen:

so ist ein ähnliches Compromiß auch in der Art zu erkennen, wie er der Philosophie gegenüber sich verhalten zu dürfen glaubte. Während er sie zum Schweigen verurtheilte, wo das Gesetz spricht, glaubte er um so bereitwilliger ihr gehorchen zu dürfen, wo es schweigt. Beruht es nun auch — wie bereits bemerkt wurde — entschieden auf einer Selbsttäuschung, wenn er den allgemeinen Theil seines Lehrbuches des peinlichen Rechtes als den philosophischen bezeichnet; so war doch dadurch der Erörterung der Grundbegriffe eine Freiheit und Tiefe gesichert, welche mit dem bisher üblichen Anklammern an einzelne Texte nicht vereinbar gewesen wäre. Wie viel damit gewonnen war, können wir erst jetzt würdigen und schätzen, seit mit Hilfe der historischen Aufhellung der Quellen und so vieler bedeutender Monographien sich so reich entwickelt hat, was damals eben nur angebahnt und angedeutet wurde.

Auch in vielen anderen Beziehungen war die Theorie Feuerbach's, wenn auch nicht die bestmögliche, so doch gerade das, was damals am besten die Fortentwicklung des deutschen Strafrechtes fördern konnte. So ist Feuerbach's Lehre von den Gründen der relativen Strafbarkeit durchaus unhaltbar; allein den Grundgedanken einmal zugegeben, ist sie so fest und geschlossen, daß sie wenigstens gegen die bisherige Willkürlichkeit wohlthätig absticht, und seine Lehre von der Zurechnung des Verbrechens hat in der consequenten Beziehung aller Theile seines Systems auf die psychische Wirkung des Strafgesetzes einen festen Halt. Die große Bedeutung des Strafgesetzes bei Feuerbach veranlaßte denn auch eine eingehendere und gründlichere Behandlung der Lehre vom Strafgesetz. Eine Theorie endlich, die einerseits Alles auf das Seelenleben des Schuldigen bezieht, andererseits gegen die absoluten Strafrechtssysteme ankämpfend, unablässig den Gegensatz zwischen bürgerlicher Strafe und sittlich religiöser Vergeltung betont, unablässig darauf aufmerksam macht, daß das Strafrecht es nur mit Rechtsverletzungen zu thun habe, mußte wesentlich dazu beitragen, daß zwischen dem objectiven und subjectiven Moment jenes Gleichgewicht hergestellt werde, von dessen Erhaltung vor Allem das Gedeihen und die Fortentwicklung des Strafrechts abhängt.

Bringt man nun auch noch das in Anschlag, was Feuerbach's Energie, die Klarheit und die fesselnde Lebendigkeit seiner Darstellung, die Sicherheit seines Auftretens für die Verbreitung und Festsetzung

seiner Lehre thaten, so wird man sich wohl kaum mehr über die großen factischen Erfolge und die Wirksamkeit derselben wundern.

Feuerbach's Aufenthalt in Landshut sollte nicht lange währen. Vielfache Zwistigkeiten mit Collegen, namentlich mit Gönner, verbitterten denselben so, daß er schon im September 1805 Landshut mit der Erklärung verließ, er werde nicht eher dahin zurückkehren, als bis ihm für eine öffentliche durch Gönner veranlaßte Beschimpfung Genugthuung zu Theil würde. Indeß war ihm schon im August 1804 der Auftrag ertheilt worden, ein Strafgesetz für Bayern zu entwerfen, und er ward nunmehr als Mitglied des geheimen Ministerial-Justiz- und Polizei-Departements nach München berufen (16. December 1850). Bayern, zu jener Zeit plötzlich zu meteorartiger Größe gestiegen, war eben beschäftigt, die heterogenen Landestheile, welche es so unerwartet gewonnen hatte, innerlich mit einander zu verknüpfen und die Zustände des Landes mit den eingetrenen politischen Veränderungen und mit den bekannten Wünschen Napoleon's in Einklang zu bringen. An den legislativen Arbeiten, welche dadurch nöthig wurden, nahm Feuerbach lebhaften Antheil, ja, das Bedeutendste, was damals geschah, ging durch seine Hände. Er hatte die Freude, das Gesetz entwerfen zu dürfen, durch welches die Folter in den bayerischen Landen — spät genug — abgeschafft wurde. Er löste auf glänzende Weise die Aufgabe, das gegenseitige Verhältniß der vielen Strafgesetzgebungen, welche damals in den verschiedenen Landestheilen Geltung hatten, zu regeln; das Gesetz wodurch dies geschah, hatte zwar nur vorübergehende Bedeutung, die Motivirung desselben, wie sie nebst anderen Arbeiten aus jener Zeit in F.'s „Themis" abgedruckt ist, wird aber immer als eine äußerst werthvolle Erörterung angesehen werden müssen. Ein verwandter Entwurf, der eines Vertrages über den gegenseitigen Rechtsverkehr zweier benachbarter Staaten, wurde damals zurückgelegt, später aber unter ganz veränderten Verhältnissen wieder hervorgesucht und einem Uebereinkommen mit Württemberg zu Grunde gelegt. Auch mit der Codification des Civilrechts war F. zu jener Zeit vielfach beschäftigt. Zuerst ward ihm die Aufgabe gestellt, den Code Napoléon für Bayern zu bearbeiten; über den Geist, in welchem er diese Arbeit unternahm, geben seine theils in der „Themis," theils im ersten Band seines von seinem Sohn Ludwig herausgegebenen Nachlasses abgedruckten Vorträge Auskunft, wohl auch darüber, aus welchen Gründen das Project aufgegeben und Feuer-

bach — in Verbindung mit Gönner und Aretin — der Auftrag ertheilt wurde, den Codex Maximilianeus, welcher in einzelnen Landestheilen Geltung hatte, einer Revision zu unterziehen, deren Ergebniß dann als allgemeines Landesgesetz publicirt werden sollte.

Welch' wichtige Aufgaben auch in anderen Beziehungen F. zu jener Zeit gestellt waren, sehen wir aus seinen „merkwürdigen Criminalrechtsfällen", welche größtentheils dem von ihm ausgehenden Antrag auf Bestätigung von Todesurtheilen oder auf Begnadigung zu Grunde lagen. Wie betrübend auch in vielen Beziehungen der Zustand der Strafrechtspflege sein mag, welcher in diesen Vorträgen sich spiegelt, man kann sie nicht lesen, ohne von vollster Achtung für den Ernst, die Gewissenhaftigkeit, die bei aller Strenge nichts weniger als unmenschliche Festigkeit, womit hier vom höchsten Standpunkt aus die Strafrechtspflege beurtheilt und geleitet wird, lebhaft erfüllt zu werden.

Hoch über all' diesen Arbeiten steht aber das „Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern," welches, von F. entworfen und durch alle Stadien der legislativen Arbeit geführt, am 16. Mai 1813 publicirt, von Oldenburg mit Veränderung weniger Artikel angenommen, den Strafgesetzbüchern von Sachsen, Württemberg, Hannover und Zürich zu Grunde gelegt wurde, auf alle anderen deutschen und schweizerischen Strafgesetzbücher, namentlich auch auf das österreichische Strafgesetz von 1852 unverkennbar bedeutenden Einfluß geübt, und in der That vorzugsweise den Stoff geliefert hat, welcher den so vielfach auseinandergehenden deutschen Strafgesetzbüchern noch gemeinsam ist. In Bayern selbst ist das Gesetz nicht eben günstig behandelt worden. Es ward vor der Publication einer Revision unterzogen, auf welche Gönner entschiedenen Einfluß hatte — Gönner, dessen vor nichts zurückschreckende Feindseligkeit [4]) F. aus Landshut verdrängt hatte. Durch das Verbot der Commentirung des Gesetzes, durch die Veröffentlichung von officiellen

[4]) Welche Mittel Gönner gegen F. zu gebrauchen sich hinreißen ließ, mag man aus des ersteren „Revision des Begriffes und der Eintheilungen des Dolus" ersehen. Diese durchaus gegen F. gerichtete Schrift stellt der Feuerbach'schen Theorie die Gönner's gegenüber, und es wird namentlich das größte Gewicht darauf gelegt, daß diese §. 1 des österr. Strafgesetzes für sich habe. Dieser Paragraph wird dann auch abgedruckt und commentirt; nur bleibt an der bekannten Stelle: „sondern auch wenn aus einer anderen bösen Absicht" u. s. w. das entscheidende „anderen" weg. — Was soll man dazu sagen, wenn ein Mann wie Gönner drucken ließ: Ein Strafgesetz verfassen, sei nichts eben Großes; wenn man auch nur eine Octavseite täglich schreibe, müsse man bald damit zu Stande kommen.

Anmerkungen, deren Zusammenstellung auf unerhörte Weise statt dem Verfasser des Gesetzes, jenem bekannten Widersacher desselben übertragen wurde, mußten natürlich die Nachtheile, welche jede Codification, namentlich in den ersten Jahren ihrer Wirksamkeit mit sich bringt, ungewöhnlich gesteigert werden; die Ausgleichung durch die Hand der Wissenschaft war nicht möglich, und tief eingreifende Novellen erschienen bald als unvermeidlich; ja, noch war ein Decennium nicht vergangen und man veröffentlichte schon den Entwurf eines neuen Strafgesetzes. Indeß ist seitdem Entwurf nach Entwurf vergebens erschienen, und doch kann selbst der neueste, der wohl endlich Aussicht auf Durchsetzung hat, seinen Ursprung aus dem Gesetz von 1813 nicht verläugnen.

Eine Arbeit, welche so große äußerliche Erfolge hatte, kann nicht ohne inneren Werth sein. Verkennen darf man freilich nicht, daß dem von F. entworfenen Strafgesetz sehr ernste Bedenken entgegenzustellen sind. Es ist ein Gesetz, daß einem klaren, über allen Vorurtheilen und Fehlern, aber auch über den Gewohnheiten, Wünschen, Sitten, Bedürfnissen des Volkes stehenden Gedanken, den schärfsten unerbittlichsten Ausdruck gibt. Obgleich nirgend theoretisch ausgesprochen, macht sich doch F.'s Grundanschauung des Strafrechts überall geltend; das Gesetz wird dadurch natürlich hart und vielfach übermäßig hart. Freilich war das ältere Recht häufig noch strenger; allein wie wäre die Strenge dieser überall Auswege lassenden Gesetze zu vergleichen mit der unbeugsamen Starrheit, mit welcher dieses Gesetz den schmalen Pfad eingrenzt, auf dem der Richter zu gehen hat, und mit der es lieber von einem complicirten Rechenexempel (wie im Fall der Concurrenz von Verbrechen), als von der richterlichen Würdigung des einzelnen Falles die Entscheidung abhängig macht! Die Anschauung, daß das Interesse des Staates, der Wunsch, von der Begehung gewisser Handlungen abzuschrecken, die Strafandrohung allein eingibt, und daß das Vorhandensein eines formell giltigen, die Strafe androhenden Gesetzes, jede Strafe rechtfertigt, gibt dem Gesetzbuch einen oft gerügten, überwiegend polizeilichen Charakter und stellt alle jene anderen Rücksichten, welche für die Strafrechtspflege so wichtig sind, ungebührlich in den Hintergrund. Die gerechte Erwartung des Privaten, Genugthuung für erlittene Verletzung zu erlangen, — die Nothwendigkeit, dem moralischen Eindruck des Verbrechens zu begegnen, die idealen Grundlagen des öffentlichen Rechtszustandes — Religion und Sitte — zu schützen, ein an sich nicht unverwerfliches

Motiv auch noch in der Verirrung zu ehren, dem Urtheil des Volkes über Schwere und gegenseitiges Verhältniß mancher Verbrechen Rechnung zu tragen — Alles dieß blieb in dem Strafgesetz unberücksichtigt. Es sei nur hervorgehoben, daß das Duell in dem Gesetz einfach ignorirt, daß von Verbrechen und Vergehen wider die Ehre des Staates, nicht auch wider die Ehre des Privaten die Rede, daß die Verleumdung als Betrug am guten Namen behandelt ist. Bigamie und Ehebruch erscheinen als Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue neben Prävarication und Treulosigkeit eines negotiorum gestor; das Verschulden der ledigen Person, welche sich auf die Bigamie einläßt, ist als Vergehen gegen die Person erklärt, wie denn auch Blutschande und Kuppelei unter den Mißhandlungen an der Person erscheinen, der Meineid hinter dem Betrug verschwindet. Man muß es gewiß tadeln, daß die Grenzlinie zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen willkürlich und oft so unglücklich gezogen ist, daß die Einreihung derselben Handlung unter die verschiedenen Kategorien von verhältnißmäßig unwesentlichen Umständen abhängt, — daß überhaupt (z. B. in Bezug auf die Grade des Versuches und der Theilnahme, die Vertheilung vieler Strafsätze) zu viel gekünstelt ist, und das Gesetz unnatürlich wird, während es durch die Präsumtion des Dolus oder gar durch Präsumtion eines Verbrechens, wie beim Kindesmord, in Gefahr geräth, entschiedenes Unrecht zu veranlassen.

Trotz all' dem aber ist das Gesetz bewunderungswürdig wegen der Klarheit und Sicherheit des von aller nutzlosen Weitschweifigkeit, von aller Gespreiztheit und Unbeholfenheit eben so weit als von einem kindlich-populären, mehr belehrenden als befehlenden Ton entfernten Ausdruckes. Mit Recht durfte Oesterd von dem Werke, welches er als „die reifste Frucht der strafrechtlichen Einsichten des Zeitalters" erklärt, rühmen: „Es zeichnet sich aus durch scharfe Auffassung sowohl der allgemeinen Begriffe, als auch der Charaktere der einzelnen Verbrechen, durch Consequenz und Verhältnißmäßigkeit in den Strafbestimmungen. Es vereinigt Kürze mit einer Vollständigkeit, die keine andere Strafgesetzgebung erreicht hat." Vor Allem ist es die Behandlung der sogenannten allgemeinen Lehren des Strafrechts, welche der Arbeit zur größten Ehre gereicht; die Lehre von Dolus, Versuch, Theilnahme, von der Concurrenz der Verbrechen, von der Nothwehr und deren Beweis haben eine Darstellung gefunden, von welcher die heutige Wissenschaft sich in vielen Punkten lossagen muß, die aber nicht blos in technischer Beziehung

zwischen dem Zuviel und Zuwenig die rechte Mitte findet, sondern auch, was den Inhalt betrifft, hoch über die Zeit ihres Entstehens sich gehalten hat und der Ausgangspunkt neuer Entwicklung auch für das gemeine Recht geworden ist. Am besonderen Theil ist, neben manchem Bedenken gegen das Einzelne, was in der Regel der Grundgedanke des Systems verschuldet, derselbe hohe Grad technischer Vollendung zu erkennen. Aus Vielem, worin das Gesetz fördernd fortwirkte, sei nur die Darstellung des Causalnexus bei der Tödtung, die Berücksichtigung des Moments der Gemeingefahr bei manchen Verbrechen, die zeitgemäße Behandlung der Erpressung und des Landzwanges, die Unterscheidung zwischen Hochverrath und Landesverrath, die Abgrenzung von Diebstahl, Unterschlagung und Untreue, der Schutz gegen Verletzung der Privatgeheimnisse erwähnt.

Das Gesetz ist also im Ganzen eine vortreffliche Reproduction der Theorie jener Zeit, in vielem Einzelnen geht es ihr voran; es steht in technischer Beziehung gewiß, und wohl auch mit einem großen Theil seiner Dispositionen über allen damals vorhandenen und selbst noch über manchen seitdem erst entstandenen Gesetzbüchern.

Erwägt man alles eben Gesagte, so wird man gewiß gerne anerkennen, daß die Fehler des Gesetzes die Fehler der Zeit seien, in der es entworfen wurde, Ergebnisse der damaligen Grundanschauungen über Recht und Strafe und der Unbekanntschaft mit dem Gebrauch und der Wirksamkeit der Codificationen, daß die Vorzüge dagegen entschieden auf die individuelle Begabung des Verfassers zurückzuführen sind.

Dasselbe ist auch in noch höherem Grade von dem den Proceß behandelnden Theil des Gesetzes zu sagen. In unseren Tagen wird dieser Proceß, in welchem unter der Herrschaft unbedingter Schriftlichkeit und Heimlichkeit ein allmächtiger Inquirent mit Ungehorsamsstrafen auf der einen, schlauer Zurückhaltung der Anschuldigung und der Verdachtsgründe auf der anderen Seite gegen den Inquisiten zu Felde zieht, von Niemand überwacht als von einem entlegenen Richtercollegium, das nur sieht und erfährt, was er in die Acten bringen will; dieser Proceß mit seiner kümmerlichen Vertheidigung, mit seiner gekünstelten Beweistheorie und mit seiner vierfachen Urtheilsformel (neben der Verurtheilung und dem Unschuldserkenntniß noch die Lossprechung: „nicht als schuldig befunden, daher von der Strafe freigesprochen“ — und die Entlassung von der Instanz: „daß die Untersuchung wegen mangelnden Beweises einzustellen sei“) — er wird heute nur wenig Sym-

pathien für sich haben. Allein er ist das letzte Ergebniß eines bedeutungsvollen, weit zurückreichenden geschichtlichen Entwicklungsganges, die äußerste Spitze einer langsam sich erhebenden, eben damals aber zu voller Klarheit durchbrechenden, von allem hemmenden Beiwerk zum ersten Mal geläuterten Anschauung. Will ein künftiger Geschichtschreiber der deutschen Strafrechtspflege dem gemeinen Inquisitionsproceß gerecht werden, so wird er sich kaum an etwas Anderes so verläßlich halten können als an die bayerische Strafproceßordnung von 1813. Hier findet er diese Theorie bewußt, klar, consequent ausgesprochen und doch nirgend übereifrig auf die Spitze getrieben; hier kann er es beobachten, wie sie — das Werk nicht eines Einzelnen, sondern der Jahrhunderte, allmälig ausgebildet am ruhigen Sitzungstisch der Schöppenstühle und Juristenfalcultäten, an welchem Geschlecht nach Geschlecht Männer sich niederließen, um Recht zu sprechen, die vielleicht nie einem Inquisiten in's Angesicht gesehen, nie in einen Kerker oder eine Folterkammer eingedrungen waren, ausgebildet zu einem wohlbegründeten, scheinbar schön geordneten Ganzen, das Ueberzeugung für sich gewinnen, ja selbst Begeisterung hervorrufen kann — wie diese Theorie, so treffend und wahr in Büchern und Deductionen, vergebens ankämpft gegen die unerbittliche Natur der Dinge, Menschen und Verhältnisse. Wer kann's verkennen, daß ein großer, wahrer Gedanke einer Proceßeinrichtung zu Grunde liegt, welche, dem Eifer des Anklägers und der Befangenheit des Angeklagten gleich entschieden mißtrauend, Alles in die Hand eines einsichtsvollen Mannes legt, der nur für Recht und Gerechtigkeit eifernd, unerreichbar hoch über allem Parteiinteresse stehend, mit der Unbefangenheit des Geschichtsforschers an die Untersuchung geht, durch keine Formen gebunden, durch kein Recht der Privaten zurückgehalten, keiner Rücksicht zugänglich, die sich zwischen ihn und die Wahrheit stellen könnte? Wer wird aber die ängstlichen Vorkehrungen übersehen, welche z. B. in dem bayerischen Gesetz von 1813 Zeugniß davon geben, daß der Gesetzgeber nicht auf einen solchen Mann rechnen kann?

So ist denn in diesem Theil des Gesetzes von 1813 ein Standpunkt unbedingt festgehalten, welchen die Wissenschaft seitdem aufgegeben hat, und bildet also dieser Theil entschiedener noch als der materielle nicht sowohl einen Ausgangspunkt neuer Entwicklung, als vielmehr den Schlußpunkt einer vorausgegangenen; die individuelle Leistung des Verfassers ist aber auch hier eine glänzende. Weder nutzlos in die doch

nie erschöpfbaren Details eingehend, noch an einer aller Willkür Thür und Thor öffnenden Allgemeinheit scheiternd, weiß das Gesetz seinen Willen verständlich zu machen, und der Uebertretung nicht bloß Worte, sondern wirklich schwer überschreitbare Hindernisse entgegenzusetzen. Die Gliederung des Processes, durch Abgrenzung der Specialuntersuchung und Anberaumung des Vertheidigungstermines, ist die dem Standpunkt des Inquisitions-Processes entsprechendste, und sie ist scharf, sicher, praktisch bedeutsam durchgeführt. Die Beweistheorie ist wohl das Beste, was auf dem Boden der deutschen gemeinrechtlichen Beweistheorie geleistet werden kann; vorzüglich klar tritt hier die Stellung des Vertheidigungsbeweises hervor. Die Härte für den Verdächtigen, welche mit der Mehrheit der Urtheilsformeln immer verbunden bleibt, ist glücklich auf ein Minimum herabgebracht; und indem der Zusammenhang mit der Beweistheorie einerseits, mit den Bedingungen der Wiederaufnahme der Untersuchung andererseits klar hervortritt, erscheint sie wenigstens praktisch gerechtfertigt oder doch erklärt. Daß übrigens Feuerbach selbst schon damals hoch über seinem eigenen Werke stand, dessen Materialien er nicht willkürlich herbeischaffen konnte, das beweisen seine späteren Arbeiten auf diesem Gebiet, beweist selbst seine fast gleichzeitige Schrift über das Geschwornengericht[5]), vor Allem aber der in seinem Nachlaß[6]) abgedruckte glänzende Vortrag über „das öffentliche Schlußverfahren bei Capitalverbrechen." Er selbst klagt, daß er mit Vielem, was er versucht, nicht durchgedrungen sei: „Die schönsten glänzendsten Ideen, wodurch mir die schwere Aufgabe, den finstern Inquisitionsproceß zu humanisiren, die Vorzüge des öffentlichen Verfahrens mit den Vorzügen des alten Untersuchungsprocesses zu combiniren — zu lösen geglückt war, stürzten zuletzt im geheimen Rathe[7])."

Die bewegten Jahre 1813—1816 brachten auch Feuerbach in seiner öffentlichen Stellung vielfache Gefahren und neue Erlebnisse. Von seinem Sitz im geheimen Rathe verdrängt, wurde er 1814 nach Bamberg als zweiter Präsident des Appellationsgerichtes geschickt; später zum Generalcommissär für das zur Uebergabe an Oesterreich bereits

[5]) Betrachtungen über das Geschwornengericht. Landshut, 1813. (In der That schon 1812 gedruckt.) Vergl. dazu Feuerbach's Brief an Villers in seinem „Leben und Wirken." I. 206 ff.; die „Erklärung über meine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschwornengerichte." Aus dem „Neuen rheinischen Mercur" besonders abgedruckt. Jena 1819. (Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 229 ff.)

[6]) A. a. O. I. 220.

[7]) A. a. O. I. 260.

bezeichnete Salzburg ernannt, — ein Amt, welches er entſchieden ablehnte — fand er endlich als erſter Präſident des Appellationsgerichtes zu Ansbach eine ſeinen Wünſchen und Verdienſten entſprechende Stellung. Von dem Geiſte, der ihn in ſeiner richterlichen Stellung beſeelte, gibt ſchon ſeine Antrittsrede (gehalten am 21. April 1817 — abgedruckt in den „kleinen Schriften vermiſchten Inhalts" S. 123 ff.) ein ſchönes Zeugniß. „Als die erſte Pflicht, welche die Gerechtigkeit ihren Pflegern auferlegt" (mit dieſen Worten ſchließt die Rede), „achte ich die gründliche, reife Ueberlegung, welche dem Gewiſſen für die Wahrheit und Rechtlichkeit der Entſcheidung bürgt. Als zweite Pflicht achte ich, daß der Rechtſuchende ſein Recht ſo viel möglich in der kürzeſten Zeit erlange. Ein verſpäteter Rechtsgewinn iſt öfters ſo ſchlimm, oft verderblicher als ein zeitiger Rechtsverluſt. Aber alle Ordnung des Rechts wird verkehrt, wenn nicht die zweite Pflicht durch die erſte ſich beſchränkt. Nicht zögern iſt Richterpflicht; aber eben ſo gewiß: nicht eilen; denn Eile übereilt ſich und ein eilfertiger Richterſpruch iſt ſehr oft nur ein eilendes Unrecht."

Ein noch bedeutſameres Zeugniß dafür, wie würdig Feuerbach, einſt der gefeierte akademiſche Lehrer und Begründer einer neuen Theorie, dann der Geſetzgeber eines der größten deutſchen Länder, am Abend ſeiner Tage auch den Richterſtuhl ausfüllte, gibt ſeine „Actenmäßige Darſtellung merkwürdiger Verbrechen (Gießen, 1828—1829), 2 Bände" — ein Buch, das nicht blos keinem Criminaliſten fremd ſein kann, ſondern als eine ſeltene Zierde der deutſchen Nationalliteratur allen Gebildeten bekannt ſein ſollte. Schwerlich gibt es ein anderes, der ungeſchmückten, durch nichts geſteigerten Darſtellung von Thatſachen gewidmetes Buch, deſſen Wirkung ſo nahe kommt derjenigen der höchſten poetiſchen Leiſtungen. Geſtalten wie die der Zwanziger, des Mädchenſchlächters Bichel, Niembauers, des blöden Jörgel, Ereigniſſe wie der Vatermord auf der Schwarzmühle im Sittenthale, die Entdeckung des Raubmörders Rauſchmaier durch einen verrätheriſchen Ring, oder der „Mord auf der Reiſe" (Dorothea Blankenfeld), werden Niemand wieder aus der Seele ſchwinden, dem ſie Feuerbach — in ſeiner feſten, ſicheren Sprache wiedergebend, was ſeinem ſcharfen in's innerſte Herz dringenden Blick ſich zeigt — einmal vorgeführt hat.

Feuerbach ſelbſt ſagt über die Entſtehung des Werkes und über den Gedanken, der ihn dabei leitete: „Seit nunmehr zehn Jahren an

der Spitze des obersten Gerichtshofes einer aus den verschiedensten Landestheilen zusammengesetzten städtereichen und vielseitig regsamen Provinz von mehr als einer halben Million Seelen verschiedener Religion, dabei als Chef durch seine Pflichten blos auf das Geschäft der Leitung und Aufsicht hingewiesen, war der Verfasser einer nie versiegenden, überreichen Quelle merkwürdiger Rechtserfahrungen nahe gestellt, und ihm dabei die beneidenswerthe Freiheit geblieben, nach eigener Lust so viel oder so wenig daraus zu schöpfen, als er jedesmal seinen Bedürfnissen angemessen erachten mochte. So gingen — des bürgerlichen Rechtes hier nicht zu gedenken — fast alle Begriffe und Sätze der Strafrechtswissenschaft nach und nach in den mannigfaltigsten, anziehendsten Beispielen gleichsam verkörpert an ihm vorüber, und machten ihm aus seinem Gerichtssaal zugleich einen Hörsaal, worin ihm gleichsam die Natur selbst in merkwürdigen Erfahrungen ihre Lehren zu vernehmen gab, und welchen er daher nur selten ohne mancherlei Ausbeute entweder für die Wissenschaft selbst oder für seine klare Einsicht in dieselbe verließ. Was nächst der rechtlichen Seite einer Straffache seine Forschung oder, wenn man lieber will, seine Neugier immer am meisten anzog, war oft gerade dasjenige, was gemeiniglich entweder ganz außerhalb der Grenzen streng richterlicher Beurtheilung liegt, oder höchstens nur nebenbei und in einzelnen Punkten ihren Gesichtskreis berührt: die Beschaffenheit der nicht immer an und für sich verderblichen, zuweilen sogar löblichen oder edlen Triebfedern, welche unter gegebenen Umständen, durch das Zusammenwirken entfernter und naher Veranlassungen, den Willen zu verbrecherischen Entschlüssen in Bewegung setzen; das eigenthümliche Gemisch von Gefühlen, Neigungen, Vorstellungen und Gewohnheiten, welche die Bestandtheile eines durch Verbrechen ausgezeichneten Charakters bilden; die Besonderheit des Gemüthszustandes und des Betragens eines Verbrechers vor, während und nach der Begehung seiner Missethat; endlich die in den geheimen Falten der Seele verborgenen Keime der Verbrechen, die auf äußerst zarten und feinen Fäden, aus welchen nicht selten Leidenschaft, Verblendung oder Irrthum das Netz der Lust zusammenweben, das, wenn ihm der Mensch nicht bei Zeiten vorsichtig ausweicht, oder seine höheren Kräfte dagegen aufbietet, seinen Willen nur zu bald umstrickt und ihn alsdann mit unwiderstehlicher Gewalt, aber in Folge seiner eigenen Schuld, in den schwarzen Abgrund reißt. Wie die Geschichte einzelner Verbrechen, von der juridischen Seite zweckmäßig

behandelt, für die Aufklärung und Anwendung, selbst für die Berichtigung und Erweiterung der Rechtswissenschaft nicht geringe Bedeutung gewinnen kann, so öffnet dieselbe anderseits in der Verfolgung und Darstellung des geistigen Entwicklungsprocesses strafwürdiger Handlungen eine reiche Fundgrube der Menschen- und Seelenkenntniß, und arbeitet dadurch allen jenen Wissenschaften vor, welche entweder den menschlichen Geist unmittelbar zu ihrem Gegenstande, oder auf denselben nah oder fern eine Beziehung haben. Von diesen und ähnlichen Betrachtungen geleitet, machte es sich daher der Verfasser, während seines Präsidentenamtes, zum erheiternden und belehrenden Geschäfte mancher Mußestunden, vorgekommene Criminalfälle, welche ihm, in rechtlicher oder psychologischer oder in dieser doppelten Hinsicht, irgend merkwürdig erschienen, nachdem sie ihre richterliche Erledigung erhalten hatten, auf seinem Studierzimmer nochmals in genauere Untersuchung zu nehmen, und wenn sie die Probe hielten, entweder sogleich aus wissenschaftlichem Standpunkte zu verarbeiten oder zu diesem Behuf für günstige Zeiten auf die Seite zu legen. Auf diese Weise, nebenbei auch durch Mittheilungen aus der Registratur anderer Gerichtshöfe, kam er nach und nach in den Besitz eines nicht unbedeutenden Cabinets seltener Delinquenten-Exemplare, an welchen nicht nur wichtige Lehren und Begriffe der Wissenschaft zur Anschauung gebracht, sondern auch manche eigenthümliche Seltsamkeiten aufgedeckt werden konnten, welche zwar nicht dem blos um seinen Taglohn arbeitenden Handwerker der Justiz, aber dem denkenden, zumal für die Gesetzgebungswissenschaft arbeitenden Rechtsgelehrten, dem Seelenforscher und dem Gerichtsarzte, dem Moralisten wie dem Pädagogen nicht unwillkommen sein, und hin und wieder selbst demjenigen, der nur geistige Unterhaltung sucht, einige Befriedigung gewähren können."

War es in diesen Fällen das Seelenleben des Verbrechers, was Feuerbach's Aufmerksamkeit auf sich zog, und dessen Darstellung die schönsten Blätter seines Buches füllt, so beschäftigten ihn in einem anderen Falle die ungewöhnlichen psychologischen Thatsachen, welche an dem Opfer eines Verbrechens hervortraten. Es ist kaum nöthig, den Namen Caspar Hauser's zu nennen, um jenes Opfer eines in undurchdringliches Geheimniß gehüllten Verbrechens zu bezeichnen. Bekannt sind die persönlichen Beziehungen Feuerbach's zu Hauser; seine Schrift:

„Caspar Hauser. Beispiel eines Verbrechens am Seelenleben des Menschen“ [8]), ist das Ergebniß dieses Verkehrs.

So verstand es Feuerbach, eine Stellung, die mancher Andere als eine Stätte wohlverdienter, mühsam errungener Ruhe schweigend ausgefüllt haben würde, zum Ausgangspunkt dauernden Wirkens zu machen, und aus dem, was sonst trockene Actenarbeit schien, nicht blos für sich eine reiche Fülle glänzender und tiefer Betrachtungen zu ziehen, sondern auch sie weit über den Kreis der Fachgelehrsamkeit hinaus zu verbreiten. Allein auch noch eine andere große Arbeit, eine seiner bedeutsamsten wissenschaftlichen Leistungen, entstand in der Zeit seines Ansbacher Aufenthaltes; — es sind dieß seine „Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege“ [9]). — Mit den Heeren der Franzosen waren auch deren Gerichtseinrichtungen nach Deutschland gedrungen, und es ist bekannt, daß Napoleon ihre Nachahmung in Deutschland wünschte und mitunter auch geradezu forderte. Leicht zu erklären ist es also, daß zuerst blinder Nachahmungstrieb und niedrig-berechnende Dienstbereitwilligkeit die Verbreitung der französischen Institutionen förderte, daß aber auch auf der anderen Seite von Vielen das Ganze ohne nähere Prüfung, als verdächtiges Danaergeschenk, hartnäckig zurückgewiesen wurde. Als aber die französische Invasion zurückgedrängt war, zeigte sich doch, daß auf dem Boden, den sie bedeckt hatte, französische Gesetzgebung und Gerichtsverfassung den Einwohnern lieb und werth geworden war, und daß sich laut der Wunsch aussprach, sie zu behaupten. In Folge dessen trat in unglaublich kurzer Zeit ein vollständiger Umschwung der öffentlichen Meinung in Deutschland ein. Daß die deutschen Gerichtseinrichtungen vielfach einer Verbesserung bedurften, konnte ohnehin Niemand entgehen, ebensowenig aber, daß die Durchsetzung solcher Verbesserungen mit den größten Schwierigkeiten verbunden war. Es ging nun, wie's eben geht, wenn Modificationen verwickelter, praktisch tief eingreifender Einrichtungen gefordert werden; nichts ist leichter, als solche Forderungen durch Hervorhebung der technischen Schwierigkeiten zu bekämpfen, welche sich ihrer Erfüllung entgegenstellen, Schwierigkeiten, welche gerade nur

[8]) Ansbach 1832. Mancherlei Aufschlüsse über Hauser bietet auch der zweite Band von F.'s „Leben und Wirken.“

[9]) Erster Band, Gießen 1821; zweiter Band (A. u. d. T.: Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs), Gießen 1825.

für Jene überwindlich wären, welche die zu verbessernden Institutionen aus langer Uebung kennen und — lieben oder doch ertragen lernten. Nichts ist also natürlicher, als daß die Verfechter solcher Verbesserungen sich bald dahin bringen ließen, dem geschlossenen System ein noch fester geschlossenes entgegenzustellen, die französische Einrichtung im Ganzen und Großen anzunehmen und den Bau derselben als ein in Allem und Jedem Untadliges eifrig zu vertheidigen. Ist doch gerade das, was sich da den Blicken zuerst darstellt, das Verlockendste daran, während so vieles Bedenkliche, tiefer verborgen, oft nur dem längst Eingeweihten erkennbar ist, und steht doch sicher am höchsten unter jenen Vorzügen, welche die französischen Einrichtungen zur Nachahmung empfehlen, eben die logische Consequenz, die feste Gliederung, das sichere Ineinandergreifen aller Räder der Maschine. Die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des französischen Gerichtswesens, die Würde und Feierlichkeit der Verhandlung, die Unabhängigkeit und die glänzende Stellung der Parteienvertreter, die naturgemäße Berücksichtigung des Indicienbeweises im Civilproceß, die Freiheit von der Beweistheorie im Criminalproceß, die Trennung der Justiz von der Administration, die Vermeidung vielfacher Actenarbeit und die Zuweisung der nicht zu ersparenden an untergeordnetes Personale, die energische Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft — wurden all' dem entgegengestellt, was nach diesen Seiten hin in den deutschen Einrichtungen nur allzu mangelhaft war. So wie aber diese letzteren allzu einseitig vertheidigt wurden, so übersahen auch Jene, die das französische Gerichtswesen um jeden Preis durchsetzen wollten, die vielen Dinge, die denn doch im französischen Civil- und Criminalproceß der Oeffentlichkeit entrückt sind und zum Theil nicht ohne Grund das Licht scheuen: die Allmacht der Avoués, die ihre Stellung so leicht mißbrauchen können; die Uebermacht des Staatsanwalts, der zugleich Partei und Magistrat ist; die Formlosigkeit der Voruntersuchung und die Mißbräuche, die sich da eingeschlichen; die Unnatürlichkeit des Verfahrens bei der Versetzung in Anklagestand, die willkürliche Zusammensetzung der Geschwornenbank, die übergroße Macht des Präsidenten des Assisenhofes, die Formlosigkeit des Beweisverfahrens, das halb inquisitorische, halb declamatorische Wesen der ganzen Debatte, das so viele Justizscandale veranlaßt; die Unklarheit der Stellung der Geschwornen, die auf der einen Seite sich für allmächtig halten müssen, auf der andern den eigenmächtigsten, regellosesten Einwirkungen ausgesetzt sind; im

Civilproceß den ſtarren Formalismus, die Häufung der Incidentſtreitigkeiten, die ganz verfehlte Behandlung des Zeugenbeweiſes, und das ſchleppende, gekünſtelte Caſſationsverfahren. Der Kampf wurde vielleicht um ſo lauter und rückſichtsloſer geführt, weil keiner dem Gegner irgend etwas zugeſtand und doch jeder die vielen ſchwachen Seiten der eigenen Sache im Stillen ſich öfter eingeſtehen mußte. Bekannt iſt, daß früh auch politiſche Parteiung ſich der Frage bemächtigte und den Streit noch mehr verbitterte.

Da ſehen wir nun Feuerbach unter die Streitenden treten und mit freudiger Theilnahme folgt ihm unſer Blick. Der Feuerbach, welcher die „Reviſion“ ſchrieb und gegen Klein und Kleinſchrod kämpfte, war heftig und gereizt, Gegnern gegenüber oft unbillig und einſeitig, manchmal ſogar ungerecht; zwar niemals gemein-perſönlich, oft aber zu fein und ſpitzfindig, zu geneigt, einen Streit aufzunehmen und eine Blöße zu rügen, die er nicht an der bekämpften Sache, ſondern an deren Vorkämpfer entdeckt hatte, wohl auch der Gefahr ausgeſetzt, ſich in der Hitze des Streites in Poſitionen locken zu laſſen, deren Vertheidigung er bei kaltem Blut ſchwerlich übernommen hätte. Jetzt aber ſehen wir den völlig gereiften, zur Klarheit, zu ruhigem Selbſtbewußtſein gelangten Mann vor uns; den erfahrenen Staatsmann, dem nichts zu klein iſt, den gewiſſenhaften Richter, der immer fürchtet, etwas zu überſehen, was eine Partei noch vorbringen kann, den edlen Mann, der von Parteiung fern nur das Beſte Aller will, der hoch in Amt und Würden ſtehend ſich doch leicht in die Lage derer verſetzt, über die er geſtellt iſt; wir ſehen einen Schriftſteller, der über Einrichtungen und Verhältniſſe, in deren Mitte er ſteht, mit einer Unbefangenheit urtheilt, die vermuthen laſſen müßte, daß er ſie nie in der Nähe geſehen, wenn nicht die genaue Kenntniß derſelben ſeine Stellung verriethe. Die alte Klarheit der Anſchauung, Folgerichtigkeit des Denkens, Unerbittlichkeit des Urtheils iſt aber geblieben, und tritt um ſo ſchöner hervor, weil alle Reſte abſtracten Formalismus abgeſtreift ſind, und weil der Verfaſſer uns in ſeinem und geiſtreichem Geſpräch faſt unmerklich mit ſich fortführt, und mehr bemüht ſcheint, ſich ſelbſt zu unterrichten, als uns zu belehren. Auch an der Sprache iſt die große Epoche der deutſchen Literatur nicht ſpurlos vorübergegangen.

Es iſt kein ſehr glänzendes Zeugniß für die Geſundheit unſerer Entwicklung, daß nicht bloß der deſcriptive (zweite) Theil des Buches noch

jetzt jedem unentbehrlich ist, der in das französische Gerichtswesen Einsicht sich verschaffen will, sondern daß auch die Erörterungen und Vorschläge Feuerbach's fast durchaus noch heutzutage offene Fragen behandeln; sie behandeln sie allerdings in einer Weise, daß es immer noch nicht bloß nützlich, sondern auch angenehm sein wird, zu ihm zurückzukehren und seine Vermittlungsvorschläge anzuhören; denn als solche muß man sie bezeichnen. Er will, so läßt sich sein Vorschlag wohl zusammenfassen, weder auf die Oeffentlichkeit, noch auf die Mündlichkeit verzichten; allein er warnt vor unbedingter Annahme des französischen Systems (namentlich auch der französischen Jury).

Es sei gestattet, statt das Inhaltsverzeichniß des Buches abzuschreiben, lieber durch Hervorhebung einzelner Stellen seine Art, die Sache zu behandeln, zu beleuchten. So bespricht er z. B. (I. 186) zwei bekannte Einwendungen gegen die Oeffentlichkeit des (civilgerichtlichen) Verfahrens mit folgenden Worten:

„Jeder hat das Recht, alles was ihn oder das Seine angeht, innerhalb des Kreises, welcher seine Privatverhältnisse umschließt, in seinem Geheimniß, wie in seinem Besitz zu bewahren. Innerhalb dieses Kreises ist Er und Niemand außer ihm der unbeschränkte Herr. Aber dieses Herrenrecht erstreckt sich nicht weiter als jene Grenzen. Wer mit irgend einem seiner Privatrechte sich vor einen Richterstuhl begibt, tritt damit aus seinem besonderen Gebiet heraus in das Gebiet des Staats, aus seinen reinen Privatverhältnissen in ein (staatsrechtlich) öffentliches, in welchem er nicht mehr blos als Mensch, sondern auch als Unterthan, nicht mehr als bloßer Privatmann, sondern auch als Staatsbürger erscheint, und in welchem er alles dasjenige über sich gelten lassen muß, was der Staat hinsichtlich der Einrichtung seiner Anstalten für nothwendig erkannt hat. Das Privatrecht eines Bürgers, sobald es dieser zur richterlichen Verhandlung und Beurtheilung gebracht, ist dadurch Gegenstand eines öffentlichen Rechts geworden, und hat aufgehört, ein bloßer Gegenstand rein privatrechtlicher Verfügung zu sein. Von dem Staate verlangen, daß dieser nach denselben Ansichten richtend verfahre, nach welchen der Rechtsuchende in seinem eigenen Hause über das Seinige schaltet, heißt ihm zumuthen, daß er, was nur im Privatgebiet jedes Einzelnen gilt, auch als Staatsgesetz über sich selber gelten lasse. Wohl mag ich jeden abweisen, der in meinem Hause mich zu sehen verlangt; aber wenn ich auf

öffentlicher Straße erscheine, darf ich von Niemand fordern, daß er die Augen von mir abwende: und wer einmal seine Sache auf den Markt gestellt hat, darf sich über Verletzung seines Rechts auf Privatgeheimnisse nicht beschweren, wenn außer dem Marktherrn auch andere Leute sie betrachten. Daß die Gerichte öffentlich seien, folgt aus dem Wesen und der Würde der Gerechtigkeit überhaupt und aus den Rechten eines verfassungsmäßig freien Volkes. Was aber aus allgemeinen Staatsgründen nothwendig ist, kann nicht abhängig sein von der Willkür der Einzelnen. So ferne die Gerichtsöffentlichkeit nur den streitenden Parteien gilt, mögen diese ihr wohl entsagen; nicht aber, so ferne sie dem Volke, und des Volkes Rechten gilt. Denn, wie oben gezeigt wurde, ist das Volk mit seinen Rechten bei Ausübung der Gerechtigkeit in jedem Falle (wenigstens mittelbar) betheiligt. Kann die Wahl der Proceßform, nach welcher ein Richter verfahren soll, nicht den Parteien überlassen sein; so kann dieses Wahlrecht um so weniger hinsichtlich der Frage gelten: ob das Gericht öffentlich oder nicht öffentlich gehegt werden soll? Zudem würde das Mittel wenig seinem Zwecke dienen. Was ein Gericht weiß, hat schon dadurch aufgehört ein Geheimniß zu sein; und was Actenbewahrer, Schreiber und Boten wissen, das weiß, — wenn sie Lust hat es zu erfahren — sehr bald eine ganze Stadt. Wohl mag in manchen Fällen die unmittelbare Gerichtsöffentlichkeit dem Gefühl der Scham oft empfindlicher sein, als jene mittelbare: doch nur demjenigen, der sich wirklich zu schämen Ursache hat. Wo die Ehre nicht schon vor der Gerichtssitzung verwirkt hat, geht sie durch die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzung nicht verloren. Dient aber die Gerichtsöffentlichkeit, den Stachel der Scham zu schärfen: desto besser! dann ist sie ein neues kräftiges Mittel zur Erweckung und Erhaltung der Ehrbarkeit und Redlichkeit, deren wir gar sehr bedürfen, wenn es mit uns besser werden soll. . . .

Einen zweiten Hauptgrund für die Beschränkung der volksthümlichen Oeffentlichkeit glaubt man in der polizeilichen Rücksicht auf die Volkssittlichkeit hinsichtlich aller Verhandlungen zu finden, von welchen zu befürchten stehe, daß sie jene Sittlichkeit beleidigen, ihr ein Aergerniß geben oder sie gefährden möchten. Würde das Wort: Sittlichkeit, wie es sich gebührt, in seiner ganzen Bedeutung genommen, so müßte aus jenem Grunde bei Strafsachen, welche fast immer den Menschen nur in seiner sittlichen Nacktheit als Gegenstand des öffentlichen

Aergerniſſes zeigen, welche Laſter und Schandthaten jeder Gattung, nebſt der Art ſie geſchickt zu vollführen und liſtig zu verdecken, der Betrachtung ausſtellen, — in jedem Falle die Oeffentlichkeit ausgeſchloſſen ſein. — Aber die Sittlichkeit in dieſer höheren Bedeutung hat man bei jener Anſicht nicht im Sinne; ſondern nur diejenige, bei deren Verletzung die Damen ihren Fächer vor das Geſicht zu halten pflegen. Warum wird aber dieſe, blos auf Keuſchheit beſchränkte Sittlichkeit bei der Frage über öffentliche Gerichtsverhandlungen in höheren Anſchlag gebracht, als jene? Etwa darum, weil Aergerniſſe, welche zuweilen bei Eheſcheidungen, Schwängerungsklagen u. d. gl. gegeben werden, ſelbſt durch ihren Schmutz die Einbildungskraft leicht zur Lüſternheit verführen, während die Beiſpiele anderer Laſterhaftigkeit, meiſtens von Verachtung, Ekel oder Abſcheu begleitet, eher abſchrecken als locken? Hieran iſt nur Etwas Wahres, aber bei weitem nicht alles; und ſelbſt jenes Etwas hat nur da ſeine Wahrheit, wo man unter dem vor den Gerichtsſchranken verſammelten Publikum auch Frauen, Jungfrauen, Jünglinge und Knaben erblickt. Für achtbare Ehrenmänner aber, die außerhalb der Gerichtsſchranken ſtehen, iſt eben ſo wenig Gefahr zu beſorgen, als für die achtbaren Ehrenmänner, die bei ſolchen Verhandlungen innerhalb der Gerichtsſchranken auf Richterſtühlen ſitzen. Die Tugend wird nicht gefördert, wenn man der Untugend die Wehen des Schamgefühls erleichtert. Wo man Arges thun kann, ohne damit Aergerniß zu geben, da wird freilich des Aergerniſſes wenig ſein; aber des Argen deſto mehr. Jetzt gibt es viele unkeuſche Rechtsſtreite, deren ſich Niemand ſchämt; ſind aber die Verhandlungen öffentlich, ſo werden, eben weil Viele ſich ſchämen müſſen, ſolche Verhandlungen deſto ſeltener ſein."

Seine Unterſuchungen über die Mündlichkeit faßt er ſo zuſammen:

„Hört das Gericht die Parteien ſelbſt, ſo erlangt daſſelbe über den Inhalt des Vorbringens derſelben eine auf abſolute Gewißheit gegründete Ueberzeugung; hört daſſelbe bloß den Berichterſtatter, ſo iſt dieſe Ueberzeugung, ſo weit ſie erzählte Thatſachen zum Gegenſtande hat, durch den Glauben an die Einſicht und Treue des Berichterſtatters vermittelt. Iſt eigene Erfahrung nicht beſſer und ſicherer als das bloße Zeugniß eines Andern über das von ihm Erfahrene? unmittelbare Erkenntniß nicht vorzüglicher als mittelbare? Ueberdies wozu Umwege, ſtatt des nahen geraden Wegs? In ſo ferne gefährdet alſo der Vortrag durch Berichterſtatter die Wahrheit und Gründlichkeit der richterlichen Urtheile.

Und warum erst aus der zweiten Hand nehmen, was man weit kürzer und weit sicherer aus der ersten haben kann? Was der Berichterstatter erst lernen muß, das haben die Parteien schon längst gewußt; wozu also einen Dritten mit einer Mühe beladen, welche in so ferne überflüssig ist, als dasjenige, was er für Andere erst nach langen Vorbereitungen zu thun vermag, von diesen, deren eigene Sache es ist, ohne abmüdende weitläufige Vorbereitungen für sich selbst gethan werden kann? Die durch Berichterstatter vermittelte Verhandlung der Parteien ist daher immer noch bei weitem zögernder, als die unmittelbare und mündliche. Denn wenn jede Partei selbst ihre Sache dem Gerichte vorträgt, so wird für die schnellere Beendigung des Streits wenigstens die Zeit gewonnen, welche der Berichterstatter auf seine Vorbereitung zum Vortrage zu verwenden hat.

Doch es kommt noch mehreres hinzu. Der Glaube an die Treue und Gewissenhaftigkeit des Beamten, in dessen Hand das Schicksal der Parteien liegt, auf dessen Erzählung das Gericht seine Entscheidung gründet, welche überdies die schwere Aufgabe zu lösen hat, beide Theile, den Kläger wie den Beklagten, als parteiloser Berichterstatter vor Gericht zu vertreten; — jener Glaube ruht auf keinem sehr haltbaren Grunde, wenn nichts anderes als der geleistete Amtseid und das Gewissen dieses Berichterstatters ihm zur Grundlage dienen. Es konnte der Gesetzgebung nicht entgehen, wie sehr, bei solcher Einrichtung, der Leichtsinn oder böse Vorsatz eines Berichterstatters durch Unvollständigkeit, Unrichtigkeit oder gar Verfälschung seines Berichts, den klarsten Rechten Gefahr und Untergang zu bereiten vermöge. Es bedurfte also besonderer Gegenanstalten, welche aber, indem sie die Treue und Wahrheit des Vortrags sicher stellen sollten (so weit hier überhaupt solche Sicherheit erreichbar ist), zugleich die Arbeiten vervielfältigten, Lasten auf Lasten häuften, und einen höchst verschwenderischen Aufwand von Zeit nothwendig machten. So mußte vor Allem der blos mündliche Vortrag des Berichterstatters aus den verhandelten Acten als besonders gefährlich erscheinen, nicht nur weil das gesprochene Wort allzusehr die Unbestimmtheit, Undeutlichkeit und Verwirrung begünstigt, sondern auch, und zwar vorzüglich, weil die mündliche Rede spurlos verschwindet und kein dauerndes vollgiltiges Zeugniß für oder wieder die Treue des Berichterstatters zurückläßt. Darum mußte man den Berichterstatter verpflichten, seinen Vortrag zuvor an geschriebene Worte zu binden. Die Geschichte des Rechts

ſtreits, der Inhalt aller für das zu erlaſſende Erkenntniß weſentlichen Parteiverhandlungen, die zuſammengefaßte Darſtellung der Lage des Streits und der zur Entſcheidung ausgeſtellten Streitpunkte, alles dieſes ſammt der gutachtlichen Meinung des Berichterſtatters, wurde nun zum Gegenſtande ſchriftlicher Ausarbeitungen, welche außer dem Gerichte geſchrieben, im Gerichte verleſen werden. Und weil auch dadurch noch nicht für alle möglichen Fälle der Uebereilung oder des böſen Willens geſorgt iſt, wurde der vortragenden Hauptperſon wohl auch noch eine zweite zur Wache (als Correferent) an die Seite gegeben, welche von Neuem die Acten zu leſen und was ſie dem Gerichte zu ſagen findet, ebenfalls erſt niederzuſchreiben hat. Auf dieſe Weiſe ſchließen ſich denn in dieſem ſchriftlichen Verfahren an die ſchreibenden Parteien ſchreibende Richter an, welche nicht nur ſchreiben, was ſie den Parteien ſagen wollen, ſondern auch dasjenige, was ſie zu einander ſelbſt zu ſagen haben; welche nicht blos zu den Acten ſchreiben, was noch nicht in dieſen Acten ſteht, ſondern auch dasjenige, was ſchon weit und breit in dieſen Acten enthalten iſt, aus dieſen Acten wieder von Neuem, nur in etwas veränderter Geſtalt, zu eben dieſen Acten ſchreiben.

Das amtliche Leben der Richter theilt ſich unter ſolchen Vorausſetzungen in zwei, jedoch höchſt ungleiche Theile: der eine beſchäftigt ſich mit den Vorbereitungen zum eigentlichen Richtergeſchäft und wird außer dem Gericht verlebt; der andere iſt dem Richtergeſchäfte ſelbſt in der Gerichtsverſammlung gewidmet: jener vergeht in ſtummer Stille leſend und ſchreibend; dieſer mit Lautleſen, mit Zuhören und Sprechen. Aber die Vorbereitungen zum Geſchäft ſind um vieles weitläufiger als das Geſchäft ſelbſt; dieſes iſt ſo genügſam in ſeinen Anſprüchen auf Mühe und Zeit, daß dasſelbe neben den rieſenhaften, den allergrößten Theil des Lebens aufzehrenden Vorbereitungen, ſich wie eine kleine leichte erheiternde Nebenſache ausnimmt. In einer Stunde wird abgeleſen, was Tag und Wochen brauchte, um geſchrieben zu werden; und dieſe Tage und Wochen des Schreibens werden, wenn man in einigermaßen zahlreichen Richtercollegien den Zeitaufwand aller Einzelnen in einer Summe zuſammenrechnet, nicht blos zu Monaten, ſondern zu vielen langen Jahren. Und wozu dieſes? Damit die Richter von dem Papier des ſchreibenden Berichterſtatters erfahren, was ſie aus dem Munde der redenden Parteien ebenfalls hätten vernehmen können. Die ſchriftlichen Vorarbeiten zu den Geſchäften der Gerichtsſitzung ſtehen überdies nicht nur im

Mißverhältniſſe mit dieſen, ſondern auch im Widerſpruche; weil das Mittel, zu fördern, auf denſelben nur ſtörend und beſchränkend einwirkt; weil dasſelbe, gleich einem ungetreuen Diener, das Beſte und Meiſte von dem Eigenthum des Herrn im Voraus für ſich aufzehrt und dem Hauptzwecke nicht viel mehr als die Hefen der Zeit und der Kräfte übrig läßt. Wird nicht das Uebermaß von Zeit und Kraft, welches die Vorarbeit verbraucht, dem Geſchäfte ſelbſt entzogen? Warum ſitzen in den ſieben Tagen der Woche die zahlreichen Richter eines anſehnlichen Gerichtshofes vielleicht nur acht Stunden zu Gericht? Darum, weil jeder von ihnen die ganze übrige Zeit in ſeiner Wohnung leſend, ſchreibend und abſchreibend hinzubringen hat, um jene acht Stunden mit gründlichen Schriftvorträgen zu verſorgen. Daher wird in ſolchen Gerichten unendlich viel gearbeitet, und doch verhältnißmäßig wenig geleiſtet; während da, wo das Geſchäft, die Sache der Parteien vorzutragen, von dieſen Parteien ſelbſt übernommen wird, die Richter, welche nun ganz dem eigentlichen Richterberufe angehören, bei weitem weniger arbeiten, aber bei weitem mehr verrichten. Wer unſer gegenwärtiges, raſtlos ſich abarbeitendes, doch immer nur wenig förderndes Treiben in der Nähe betrachtet hat, wird ſich kaum enthalten können, an ein Mühlwerk zu denken, für welches zahlreiche Geſellen und Jungen in emſiger Haſt das Waſſer aus der Quelle herbeiholen, um es tonnenweiſe ſelbſt über die Schaufeln des Rades zu gießen: aller Mühe ungeachtet dreht ſich dieſes nur langſam, blos ruckweiſe um ſeine Achſe, während, ohne daß es jenes Schöpfens, Tragens und Rennens bedürfte, das Werk in unvergleichbar raſcherem Schwung ſich fortbewegen würde, wenn man nur den verſtändigen Entſchluß faſſen wollte, die lebendige Quelle ſelbſt zur Mühle herzuleiten."

Die Zeit des Ansbacher Aufenthalts, in welcher aller dieſe großen Arbeiten entſtanden, iſt auch ſonſt von Studien für eine „Weltgeſchichte des Rechts," welche Feuerbach im Sinne trug, von vielen anderen geiſtigen Beſtrebungen erfüllt, — von Reiſen, wie die große nach Paris (1821), deren Reſultate in dem zweiten Bande des eben erwähnten Werkes niedergelegt ſind, und nach Carlsbad, wo er mit Tiedge, Eliſe von der Recke und der Herzogin von Curland in innige Beziehungen trat, die ihn auch wiederholt nach Löbichau, dem Sitz der letzteren, brachten, unterbrochen. Auch an ſchweren häuslichen Leiden und Prüfungen fehlte es nicht, und viel früher, als die Jahre es mit ſich zu bringen pflegen, kehrte Siechthum bei ihm ein, welches ihm die letzte

Lebenszeit verbitterte. Am 3. April 1829 sank er im Gerichtshofe bei voller Versammlung von seinem Präsidentenstuhle herab, erholte sich zwar wieder und konnte schon im Mai eine Reise nach Holland, und dann nach Speyer, wo er seinen Sohn Anselm besuchte, machen; indeß scheint er seitdem nie wieder vollständig hergestellt worden zu sein. Im März 1833 schreibt er seiner Schwester in Frankfurt, der er seinen Besuch ankündigt: „Obgleich mit Bleistift, kann ich doch nur mit großer Mühe meine Hand zum Schreiben gebrauchen. Alles, was ich sonst von Briefen zu schreiben habe, pflege ich einem Schreiber zu dictiren. — Eigentliche Geistesarbeiten, wozu man die Feder braucht, kann ich gar nicht mehr verrichten, bin also, wie Du mich kennst, schon ein halb todter Mann." Die Reise, welche in diesem Brief angekündigt ist, war seine letzte; er gelangte noch nach Frankfurt, aber auf einer Spazierfahrt traf ihn ein neuer Schlaganfall. Er starb am 29. Mai 1833.

Die thatkräftige, gegen sich wie gegen Andere strenge Art des Mannes, seine große geistige Begabung, seine wissenschaftliche Stellung und Begeisterung für alles Große und Schöne hatten dem Leben, das hier zu Ende ging, einen reichen Inhalt, — eine ereignißvolle Zeit, wechselvolle, mitunter auch bizarre Verhältnisse hatten ihm einen bedeutenden Hintergrund gegeben. Wer dieses Leben einst beschreibt, wird einen werthvollen Beitrag zur Geschichte deutscher Zustände am Ende des vorigen und im ersten Viertel des gegenwärtigen Jahrhunderts liefern und dafür ein kostbares Material in F.'s von seinem Sohn Ludwig veröffentlichtem Briefwechsel finden. Diese Aufgabe war vorliegenden Blättern nicht gestellt; sie sollten eine literar-historische Skizze bieten und haben ihre Bestimmung erfüllt, wenn sie das schriftstellerische und praktische Wirken des Begründers einer neuen Strafrechtstheorie, des Verfassers eines epochemachenden Gesetzes darstellen — des Mannes, welcher unbedenklich genannt werden wird, so oft man zu den Namen Schwarzenberg's und Carpzow's einen dritten sucht.

III.

Ueber das Verhältniß von Theorie und Praxis im Strafrecht.

Ueber das Verhältniß von Theorie und Praxis im Strafrecht.

(Aus der Anzeige einer Anzahl von Sammlungen strafgerichtlicher Präjudicien, — abgedruckt in den „Oesterreichischen Blättern für Literatur und Kunst." 1857 Nr. 20.)

Die schroffe Gegenüberstellung von Theorie und Praxis ist wohl nirgend eine berechtigte, und fast überall wird sich Mißverständniß oder Täuschung hinter ihr verbergen und mannigfacher Nachtheil in ihrem Gefolge gehen. Nirgend aber ist sie weniger berechtigt und unheilvoller als da, wo man ihr am häufigsten begegnet, auf dem Gebiete der Jurisprudenz. Es gibt keine juristische Theorie, die nicht für die Praxis, und es gibt keine juristische Praxis, für die die Theorie nicht existirte. In die Aufgaben, um deren Lösung es sich handelt, werden die Juristen freilich sich immer theilen müssen; während der Eine bemüht ist, die Rechtsnorm sich und Anderen klar zu machen, wird der Andere mehr damit beschäftigt sein, den einzelnen Fall zu der bereits erkannten Rechtsnorm in's richtige Verhältniß zu bringen, und insofern gibt es allerdings einen Gegensatz zwischen Theoretikern und Praktikern. Allein die Theorie wäre eine falsche, welche nicht immer und immer sich die Aufgabe stellte, Resultate zu gewinnen, die geeignet und berechtigt sind, für die Praxis maßgebend zu werden, und die Praxis wäre eine handwerksmäßige und unjuristische, welche den einzelnen Fall erledigen zu können meinte, ohne seine Beziehung zur Rechtsnorm und zum ganzen Gebiete, dem diese angehört, richtig zu würdigen. Ein Theoretiker, welcher zugeben müßte, daß seine Arbeiten für die Praxis keine Bedeutung haben, und zwar nicht weil sie zu unrichtigen, sondern weil sie zu Resultaten führt, deren die Praxis nicht bedarf, oder die sie selbst ablehnen muß, — mag eine geistreiche Beschäftigung gewählt haben, juristische

Theorie aber wird aus dieſer Beſchäftigung nie hervorgehen. Ein Praktiker, welcher glaubt, eine Theorie als ſolche als richtig anerkennen und doch von ihr ſich losſagen, ſeine Thätigkeit von ihr unabhängig erhalten zu können, verzichtet darauf, Juriſt zu ſein und ſinkt zum gedankenloſen Routiniſten herab. Wo immer, ſei es durch Schuld der Theoretiker, ſei es durch die der Praktiker, eine ſolche Entfremdung eingetreten iſt, war ſtets Verfall der Rechtspflege und Mißachtung des Juriſtenſtandes die natürliche und unvermeidliche Folge; und nicht zu den am Geringſten zu fürchtenden Nachtheilen einer ſolchen Spaltung darf es gezählt werden (häufig freilich gehört es zu den Mitteln, ſie herbeizuführen), daß mitunter in der Literatur ſelbſt, alſo auf dem Gebiet der Theorie, ein Beſtreben ſich kundgibt, einen praktiſchen Standpunkt zu betonen, von einer praktiſch-juriſtiſchen Literatur im Gegenſatze zu einer rein wiſſenſchaftlichen, wohl auch von einer praktiſchen Theorie, als Gegenſatz einer unpraktiſchen, zu ſprechen. Beſtrebungen dieſer Art, ſie ſeien nun auf bloße Buchmacherei zurückzuführen, oder darauf, daß Einzelne mit dem ſtillen aber einflußreichen Wirken des Praktikers unzufrieden, ſich auf das unruhige Meer der Theorie hinaus begeben, aber freilich nicht ohne eine Schutzflagge, welche ſie vor der vollen Strenge wiſſenſchaftlicher Anforderungen, vor dem droit de visite wiſſenſchaftlicher Kritik ſichern ſoll, ſtützen ſich eben darauf, daß ſo vielfach verkannt wird, was eben angedeutet wurde, daß nämlich die geiſtige Atmoſphäre, in welcher Theoretiker und Praktiker ſich bewegen, eine und dieſelbe iſt, und nur die Art, wie dieſes geſchieht, die Einen von den Anderen unterſcheidet.

Mit doppelter Freude muß man daher alles dasjenige begrüßen, was geeignet iſt, die Gefahr ſolcher Spaltungen zu verringern oder abzuwenden, und die lebendige Wechſelwirkung, die zwiſchen Theorie und Praxis beſteht, als nothwendig, und was beſſer iſt, als wirklich vorhanden zu zeigen. In dieſem Sinne ſcheint es mir in hohem Grade erfreulich zu ſein, daß ſchon die lange Reihe der an der Spitze dieſes Aufſatzes aufgeführten Werke ein Zeugniß dafür gibt, mit welcher Aufmerkſamkeit die Entſcheidungen des öſterreichiſchen oberſten Gerichts- und Caſſationshofes in Strafſachen entgegengenommen und gewürdigt werden. Und doch iſt jenes Verzeichniß noch keineswegs ein vollſtändiges. Außer den angeführten, blos dieſem Zweck gewidmeten Arbeiten iſt vor Allem die „Allgemeine Oeſterreichiſche Gerichtszeitung“ zu erwähnen,

welche gleichzeitig mit der Gerichtsorganisation von 1850 in's Leben tretend, es sich vom Anbeginne bis jetzt zu einer ihrer Hauptaufgaben gemacht hat, die Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofes zu veröffentlichen. Ihr ist denn auch die unverhältnißmäßig größere Mehrzahl der in jenen Werken mitgetheilten Entscheidungen entnommen, wie denn auch noch andere österreichische juristische Zeitschriften ihre Mittheilungen solcher Entscheidungen fast ausschließlich aus ihr zu schöpfen pflegen. . . . .

Andererseits ist an der Spitze dieses Aufsatzes auch eine Sammlung (Temme's Archiv) aufgeführt, welche sich nicht auf österreichische Judicate beschränkend, strafrechtliche Entscheidungen aller obersten Gerichtshöfe Deutschlands zusammenstellt, die wir aber hier anführen können und müssen, weil in derselben den österreichischen Entscheidungen ein sehr ansehnlicher Platz angewiesen ist.

Diese letztere Erscheinung verdient wohl in mannigfacher Beziehung beachtet und erwähnt zu werden. Vor Allem sehen wir in ihr einen neuen schönen Beweis dafür, daß gemeinsame Arbeit an der Reform des Strafprocesses und daß die Umgestaltung des österreichischen Universitätswesens die Kluft, welche durch eine lange Reihe von Jahren die österreichische Jurisprudenz von der des übrigen Deutschland trennte, überbaut hat, und daß man auf der einen wie auf der andern Seite der österreichischen Grenze längst aufgehört hat, was jenseits geschieht, zu ignoriren.

Zu gleicher Zeit hat diese Sammlung aber auch für den Gegenstand, welcher uns hier unmittelbar beschäftigt, noch eine andere Bedeutung. Wer möchte nämlich verkennen, daß das Präjudicat in einem Lande mit codificirtem Recht eine andere Stellung einnehmen muß, als da wo die Formulirung und Fortbildung des Landrechtes fast ausschließlich in die Hände des Gerichtes gelegt ist, wie in Deutschland in der Strafrechtspflege der letzten zwei Jahrhunderte, wie in England und zum Theil auch in Nordamerika?

Gewiß liegt die Versuchung nahe, da wo ein systematisches Gesetzeswerk Geltung hat, dem Judicate alle über den einzelnen Fall hinausgehende Bedeutung abzusprechen, gestützt auf das Dilemma, daß es entweder dem Gesetze entspreche und dann überflüssig sei, weil in jedem gleichen Falle nur immer wieder das Gesetz in Anwendung zu

bringen ist, *oder* daß es eben mit dem Gesetze im Widerspruche stehe, das heißt, juristisch nicht existire, gleichviel ob es im einzelnen Falle noch anfechtbar wäre oder nicht. Allein so verführerisch diese Argumentation auch klingen mag, es hat sich auf dem Gebiete der Erfahrung gezeigt, daß es hier, wie an so vielen anderen Orten, mit dem nackten aut-aut eben nicht gethan sei; es hat sich gezeigt, daß das best construirte Gesetz, daß die sorgfältigste, für möglichst viele Einzelnheiten bedachte Codification noch immer dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum lasse, einen Spielraum, der gewiß nicht zu weit ist, wenn die Bewegung innerhalb desselben ein ernster, wissenschaftlicher Geist beherrscht, viel zu weit aber, wenn ihn Gedankenlosigkeit und bloße Routine ausfüllen sollen.

Es hat sich gezeigt, daß es zahllose Fälle gibt, in welchen der Richter nicht blos vom klaren Buchstaben des Gesetzes verlassen ist, sondern selbst nach verhüllten Andeutungen lange mühsam suchen muß, mitunter wohl auch vergebens sucht, und es kann eben nur die Frage sein, ob er *dieses* Geschäft in jedem einzelnen Falle als eine individuelle Aufgabe, die mit dem Falle ihm gestellt wird und mit diesem beseitigt ist, deren Lösung mit der Entscheidung des Falles ihm und nur ihm überlassen ist, ansehen soll, oder ob er dabei die geistige Arbeit, welche Andere in gleicher Lage für ähnliche Fälle bereits vollbracht haben, zu berücksichtigen hat?

Die Sammlung *Temme's*, überwiegend aus solchen Ländern hervorgegangen, deren Strafrecht codificirt ist, beweist, was freilich schon seit lange das Beispiel Frankreichs gelehrt hat, daß nämlich auch das codificirte Recht dem Judicate eine über den einzelnen Fall hinausgehende Bedeutung nicht absprechen könne.

Allerdings aber gehört die nähere Bezeichnung der Stellung, welche dem Präjudicate eingeräumt werden soll, zu den schwierigsten Aufgaben, die überhaupt gestellt werden können. Auf der einen Seite haben nämlich die Gerichte, berufen und verpflichtet, dem Rechte und nur dem Rechte zur Anerkennung zu verhelfen, naturgemäß von vornherein die Vermuthung für sich, daß ihre Aussprüche rechtmäßige, daß sie das beste Zeugniß dafür seien, was im einzelnen Falle dem Recht und Gesetz entspreche, und muß es eben deshalb als eine beklagenswerthe Erscheinung angesehen und nach Kräften vermieden werden, daß dieselbe

Rechtsfrage, sei es nun von demselben Gerichte, sei es von verschiedenen Gerichten desselben Territoriums, auf verschiedene und widersprechende Art gelöst wird. Wo immer das geschieht, geht der Rechtspflege jene Meinung der Unfehlbarkeit, der anzuwendenden Rechtsnorm jene Stätigkeit verloren, welche eine der unerläßlichen Voraussetzungen des geregelten Rechtszustandes ist. Auf der anderen Seite steht doch wieder jeder einzelne Richter den Rechtsquellen und dem einzelnen Falle genau so gegenüber, wie irgend Einer, der vor ihm kam oder nach ihm kommen wird, und ist er, wie dieser und wie jener verpflichtet, die Rechtsnorm, wie sie ihm erscheint, zur Anwendung zu bringen. Und wer wollte ihn verpflichten, eine Entscheidung, von welcher er erkennt, daß sie mit dem Rechte im Widerspruche stehe, zu der seinigen zu machen, blos weil eben ein Anderer früher als er in die Lage gekommen ist, sich mit der zu lösenden Frage zu beschäftigen? In der Mitte zwischen beiden Extremen wird aber auch hier der rechte Weg liegen. Der gewissenhafte Richter wird darauf achten, wie eine ihn beschäftigende Frage vor ihm behandelt wurde; er wird die bereits feststehende Entscheidung sorgfältig prüfen, und nicht ohne gebieterische Gründe sich mit ihr in Widerspruch setzen, jedenfalls nicht, wo es nicht um die richtige Anwendung eines anerkannten Princips sich handelt, sondern um eine jener zahllosen Modalitäten, bei welchen es eben nur nöthig ist, daß sie gleichmäßig geordnet werden, wie sie denn auch ein Gesetz nicht anders als willkürlich regeln könnte. Er wird in den Präjudicaten eine Richtschnur finden, von der er sich nicht gern und nicht unüberlegt lossagt, nicht aber einen Zügel, dem er unbedenklich, und wohl gar mit innerem Widerstreben folgen muß.

Eben deßhalb ist die Freude darüber, daß die lang anhaltende, ungebührliche Zurücksetzung des Präjudicats definitiv ein Ende genommen hat, keine ungetrübte. Es kann nicht oft genug vor einer Gefahr gewarnt werden, welche allerdings sehr nahe liegt, vor der Gefahr nämlich, daß neben der Autorität des Gesetzes, ja wohl selbst gegen diese Autorität, wenn der Buchstabe nicht deutlich und bestimmt genug spricht, die bloß äußerliche Autorität des Präjudicats sich erhebt und daß zwischen beiden eingezwängt, der wissenschaftliche Sinn der Praxis gänzlich erstirbt.

Jeder Richter, der ein Gesetzbuch anwendet, steht in Gefahr, in bloßen Buchstabendienst zu verfallen und mechanisch Paragraphe zu

appliciren, ſtatt im Geiſte des Geſetzes Recht zu ſprechen, ſo wie der Richter in Ländern mit ungeſchriebenem Recht verſucht iſt, der Sclave der Präcedentien zu werden, — und die Gefahr iſt um ſo größer, weil nicht blos Liebe zur Bequemlichkeit bewegen mag, ſich bereits gemachte Geiſtesarbeit anzueignen, ſondern auch weil ein ängſtliches Gewiſſen Jeden geneigt macht, lieber von einer anerkannten Autorität als von der eigenen Einſicht ſich leiten zu laſſen. Denke man nun aber den Richter, eingeengt zwiſchen Geſetzesparagraphe und Präjudicate, denke man, daß er ſich für verpflichtet hält, den unbedingten Gehorſam, den er dem Geſetze ſchuldig iſt, auch dem Präjudicat zu erweiſen, und daß er, gewohnt den Wortlaut des Geſetzes als die Sanction eines Grundſatzes anzuſehen, den er anerkennen und nach allen ſeinen Conſequenzen durchführen muß, in gleicher Weiſe ſich zu der Motivirung eines Urtheils verhielte: ſo wäre wohl die Gefahr ſehr groß, daß eine Juſtiz entſtünde, an welcher freilich die Willkür keinen Antheil hat, einen um ſo größeren aber der blinde Zufall, der unter was immer für einen Ausſpruch jederzeit Fälle zu bringen weiß, für welche dieſer nicht berechnet iſt, und an die, als er gefällt wurde, Niemand gedacht hat. Dieſer Gefahr aber werden wir nicht entgehen, wenn Präjudicate in ſolcher Form dargeſtellt werden, daß das Individuelle des Falles möglichſt in den Hintergrund tritt, der Inhalt des Ausſpruchs aber auf eine möglichſt allgemeine Formel reducirt wird, und wenn nicht das Recht der Kritik gegenüber den Präjudicaten anerkannt und rückhalts-, aber freilich nicht rückſichtslos gehandhabt wird.

Daß ſolche Kritik anmaßend und bedenklich ſcheinen kann, ſoll nicht verkannt und nicht geläugnet werden. Wird durch eine Reihe tief eingreifender Proceßeinrichtungen dafür geſorgt, daß das rechtskräftige Erkenntniß dem ganzen vorangegangenen Streit für immer ein Ende mache, daß das Urtheil allen Zweifel für die Zukunft ausſchließe, eine gewiſſe rechtserzeugende Kraft habe, ſo kann man (etwa ganz außerordentliche Fälle ausgenommen) gewiß nicht zugeben, daß das Urtheil als ſolches, als Beendigung eines beſtimmten Proceſſes, einer den Zwecken dieſes letzteren ganz fremden Kritik unterworfen werde, und daß die durch einen feierlichen Ausſpruch eben zum Schweigen gebrachten Leidenſchaften wieder wachgerufen werden. Allein etwas Anderes iſt die Kritik eines Urtheils und etwas Anderes die der Motive; etwas Anderes iſt zu fragen, ob recht geurtheilt worden iſt, — oder ob man gut thue, in

Zukunft eine Entscheidung zum Muster zu nehmen, die eben nur deshalb falsch scheinen mag, weil nicht Alles klar vorliegt, was auf ihr Zustandekommen eingewirkt hat.

In der Regel besteht die Thätigkeit des Richters in der Anwendung zweifellos feststehender positiver Anordnungen oder unangefochtener Doctrinen auf die im Proceß constatirten Thatsachen. Wo nur dies geschieht, kann in dem Erkenntniß nichts liegen, was über den Fall und das Interesse der Parteien hinausreicht, nichts als etwa ein Zeugniß für die zweifellose Festhaltung eines Grundsatzes. So wie aber die Rechtsnorm selbst zweifelhaft ist, muß der Richter sich auf den Standpunkt des Theoretikers stellen. Von dem einzelnen Fall und Allem, was an demselben spannend und anregend ist, muß er sich so weit zu entfernen suchen, als der Theoretiker es ist, welchem er, indem er den Umfang einer Rechtsnorm prüft, als ein blos möglicher neben zahllosen anderen vorschwebt. So wie dieser, und nach derselben Methode, geleitet von derselben Grundanschauung, muß er sich Gewißheit darüber zu verschaffen suchen, ob die Norm diesen Fall mit umfasse oder nicht.

Dieser Theil des richterlichen Geschäftes ist also ein rein theoretischer; die Lösung der Frage ist eine doctrinelle, gleichviel, ob sie in der Studirstube oder am Rathstisch zuerst gefunden, für eine im Vorhinein erdachte oder durch das Leben hervorgedrängte individuelle Complication gesucht wurde. Sie ist ein Beitrag zur Literatur, eine wissenschaftliche Leistung im guten, wie im schlimmen Sinn; denn eben weil sie eine Leistung, das Resultat einer geistigen Bestrebung ist, kann das Streben, aus dem sie hervorging, irregeführt haben.

In diesem Sinne wird sie der Theoretiker dankbar hinnehmen, dankbar aber mit dem Vorbehalt, sie zu prüfen, wie er Alles zu prüfen hat, und wie der Practiker das Ergebniß *seiner* Arbeiten beachten und prüfen muß, wenn eine Rechtsfrage, die sich ihm darbietet, ihn auf deren Gebiet führt. Und wie jener den theoretischen Arbeiten des Richters die Wege ebnet, so läßt ihn dieser durch die Mittheilung des Präjudicats, an seinen Erfahrungen, an seinen lebendigen Anschauungen, an der bunten Fülle des Lebens, die sich ihm erschließt, Theil nehmen. Je reicher diese Quelle fließt, desto weniger wird die Doctrin in Gefahr sein, sich in sich selbst zu verlieren, in geistreichem Spiel aufzubauen, was längst feststeht, oder zu ersinnen, was niemals werden wird, statt

wacker mit Hand anzulegen, wo die Fragen, die das Leben ſtellt, einer feſten, klaren, wiſſenſchaftlichen Antwort harren. Je bedeutungsvoller jedes Judicat erſcheint, deſto entſchiedener wird die Praxis das Bedürfniß empfinden, es auf den feſten Grund der Wiſſenſchaft, ſtatt auf den glänzenden Flugſand eines plauſiblen Einfalles zu bauen. So reichen ſich denn in der Benützung der Präjudicate, wenn ſie eine zweckmäßige iſt, Doctrin und Praxis die Hand. . . .

IV.

Ueber die Stellung des österreichischen Strafgesetzes

gegenüber

der Lehre vom indirecten Vorsatz.

Ueber die Stellung des österreichischen Strafgesetzes gegenüber der Lehre vom indirecten Vorsatz.

(Haimerl's Magazin für Rechts- und Staatswissenschaften IX. [1855] S. 305 ff.)

I.

In das Strafgesetz vom Jahre 1852 ist §. 1 des G.-B. über Verbrechen vom Jahre 1803 unverändert übergegangen, und es ist daher der Streit über die Bedeutung jenes Paragraphes in seiner alten Lage geblieben. Dieß gilt namentlich von dem zweiten Absatze des §. 1, welcher davon spricht, daß böser Vorsatz auch vorhanden sein könne, wenn das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, nicht geradezu bedacht und beschlossen wurde.

Es besteht über die Bedeutung dieser Bestimmung eine wirklich seltene Verschiedenheit der Meinungen. Wenige nur dürften zu finden sein, die hierin völlig mit einander übereinstimmen. Indeß stehen sich doch die Meinungen bald mehr, bald weniger nahe, und so haben sich zwei ziemlich scharf von einander gesonderte Gruppen gebildet.

Die eine geht davon aus, daß es sich um Bestimmungen über das Wesen des bösen Vorsatzes handle, daß also der fragliche Satz die Tendenz habe, ebensowohl wie die unmittelbar vorausgehende Gesetzesstelle, über die Natur des Dolus sich auszusprechen, und so eine zweite Art des Vorsatzes, verschieden von der ersten, bis dahin beschriebenen, zu statuiren.

Die andere sieht in der fraglichen Gesetzesstelle lediglich eine Beweisregel; nicht über die Beschaffenheit des bösen Vorsatzes, sondern über die Art, wie derselbe zu erkennen, gerichtlich festzustellen sei, werde da gesprochen; der Vorsatz selbst bleibe immer derselbe, es handle sich nur um die verschiedene Gestalt, in welcher er Dritten erkennbar werde.

Die letztere dieser beiden Ansichten ist unverkennbar bis jetzt in der Theorie (wie es scheint, nicht in der Praxis) des österreichischen Strafrechts die überwiegende gewesen; wir wenden daher billig ihr und ihren Verfechtern zunächst unsere Aufmerksamkeit zu, — unter diesen aber vor Allen Zeiller, der als Beisitzer der Hofcommission, welche das Gesetz von 1803 bearbeitet hatte, sichs zur Aufgabe machte, dasselbe in die Literatur einzuführen.

In dem zu diesem Zweck geschriebenen Aufsatze [1]) spricht er sich über diese Frage in einer so bestimmten Weise aus, daß über die Art, wie er die betreffende Gesetzesstelle versteht, kaum ein Zweifel möglich scheint. Er findet mit dem Erforderniß des bösen Vorsatzes die Regel aufgestellt, daß ein Verbrechen nicht „ohne bösen Vorsatz des wirklichen Erfolges begangen werden kann;" er fügt daher sogleich die Bemerkung hinzu, daß die im zweiten Absatz des §. 1 enthaltene Anordnung deshalb gegeben sei, weil man darüber, ob ein Verbrechen mit oder ohne bösen Vorsatz verübt worden sei, ohne offenbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, nicht einzig das Geständniß des Thäters entscheiden lassen könne [2]). Es trete daher in den daselbst vorgesehenen Fällen „eine rechtliche Vermuthung des auf den wirklichen Erfolg gerichteten, bösen Vorsatzes ein, wogegen dem Thäter die Entschuldigungsgründe offen bleiben, die aus seiner beschränkten Einsicht, aus der minder gefährlichen, mit dem Erfolge nicht gleichartigen Absicht, aus dem entfernten Naturzusammenhange hergeholt werden können." Dies ergebe sich aus der Vorschrift des §. 413 I. Theils, die somit als eine Einschränkung der im §. 1 aufgestellten Vermuthung angesehen wird [3]). Es gibt sonach für Zeiller nur eine Art des bösen Vorsatzes, die vorhanden ist, wenn die Handlung im Vorsatz „des wirklichen Erfolges" begangen wurde, nicht vorhanden, sobald der Vorsatz auf etwas anderes als diesen wirklichen Erfolg gerichtet war. Eben damit ist zugleich ausgedrückt, daß nicht von einer allgemein verbrecherischen Gesinnung, nicht von einem Dolus, der, wenn nicht für das eine, so doch für irgend ein anderes Verbrechen genügt, die Rede ist, sondern von der Absicht, welche auf das mit diesem bestimmten Verbrechen verbundene Uebel

[1]) Zweck und Principien der Criminalgesetzgebung. Grundzüge zur Geschichte des österr. Criminalrechtes. Darstellung der durch das neue Criminalgesetzbuch bewirkten Veränderungen sammt ihren Gründen. Jährlicher Beitrag I. 71 ff.

[2]) A. a. O. S. 100.

[3]) A. a. O. S. 101.

gerichtet ist. Diese Absicht werde, wo sie nicht geradezu eingestanden sei, rechtlich vermuthet — eine Vermuthung, die offenbar über die einfache (praesumtio hominis) gestellt werden soll, die aber doch, wie aus der Berufung auf §. 413 hervorgeht, schon durch eine entgegenstehende einfache Vermuthung („Umstände, welche füglich eine andere Absicht erkennen lassen") entkräftet wird. Dies scheint Zeiller's Auffassung der Sache im Jahre 1806 gewesen zu sein; wir finden jedoch später eine veränderte Darstellung des Inhaltes des §. 1, welche ebenfalls von Zeiller herrührt und unten anzuführen sein wird.

An die erste Auffassung Zeillers schließt jedoch ganz unbedingt v. Egger sich an [4]).

Auch nach Jenulls [5]) Ansicht besteht zwischen den zwei im §. 1 vorausgesehenen Fällen nur der Unterschied, daß im zweiten Falle „zunächst darüber kein Beweis hergestellt sei, daß der böse Vorsatz auf das aus der Thathandlung entstandene Uebel gerichtet gewesen," daß hier jedoch aus dem Zugeständniß einer anderen bösen Absicht und den erwiesenen Thatsachen sich „im Allgemeinen die gegründete Vermuthung" ergebe, der Thäter „habe das entstandene größere Uebel bezweckt." In diesem zweiten Falle spreche die Schule von indirectem bösen Vorsatz. Das sei aber nicht „eine zweite Art des bösen Vorsatzes," die mit der ersten „alternativ bei dem nämlichen Verbrechen, ohne dessen Wesen zu ändern, eintreffen könnte," — auch nicht etwas mit dem unbestimmten bösen Vorsatz oder der culpa dolo determinata Gleichartiges. Es sei „ein durch das Gesetz und die Natur der Sache angezeigter Weg, den bemäntelten bösen Vorsatz" „in Erfahrung zu bringen"; eine gegründete Vermuthung, die aber nur „provisorisch zu gelten" habe, die keine praesumtio juris et de jure sei, wie eine solche dann vorliege, wenn aus der That eines Zurechnungsfähigen das Uebel mit Nothwendigkeit folge; d. h. also, eine Vermuthung, die nach §. 414 St.-G. v. 1803 durch entgegenstehende Erfahrungen bedenklich gemacht werden kann und dann nicht mehr als rechtlich angesehen werden darf. — Wie um auch keinen Schatten eines Zweifels darüber zu lassen, daß in dem Falle, wo vom indirecten bösen Vorsatz gesprochen wird, die Willensrichtung genau dieselbe ist, wie beim Dolus directus, schlägt Jenull die Benennungen eingestandener und vermutheter böser Vorsatz vor und bemerkt zur Erläu-

[4]) Kurze Erklärung des österr. Gesetzb. u. s. w. I. §. 1. Not. 4) und 15).
[5]) Oesterr. Criminalrecht §. 1 III.

terung des §. 149 I. Theils des G. v. 1803 (jetzt §. 169) daß, wenn es hier um den indirecten Vorſatz der Herbeiführung einer Feuersgefahr für fremdes Eigenthum ſich handeln würde, derjenige, der ſein Eigenthum unter den fraglichen Umſtänden in Brand ſteckte, wenigſtens dann nicht geſtraft werden könnte, wenn das Gegentheil der Vermuthung, daß er jenen Vorſatz hatte, dargethan würde.

Auch Kitka ſpricht mit voller Beſtimmtheit aus, daß er die fragliche Geſetzesſtelle nicht als eine, das Weſen des Dolus, nur als eine den Beweis desſelben regelnde anſieht [6]). „Treten nämlich die Bedingungen des zweiten Abſatzes dieſes Paragraphes (ſondern auch, wann u. ſ. f.) ein, ſo wird vermuthet, daß das entſtandene Uebel geradezu bedacht und beſchloſſen worden ſei, mithin der Thäter in Beziehung auf dieſes Uebel vorſätzlich gehandelt habe. Ungeachtet dieſer — — Vermuthung kommt es doch immer auf alle Umſtände des concreten Falles an — — dergeſtalt, daß zwar in abstracto alle Erforderniſſe des angeführten zweiten Abſatzes vorhanden ſein können, der Richter aber in dem concreten Falle das Vorhandenſein des böſen Vorſatzes dennoch nicht annimmt [7])." Somit ſoll auch nach Kitka dieſe Geſetzesſtellle nur eine (bedingte) Präſumtion des Dolus aufſtellen.

Am weiteſten entfernt ſich, ohne ſich ganz von ihr loszuſagen, von dieſer Auffaſſung Hye. Während Kitka alle nur überhaupt von ihm anerkannten Eintheilungen des Dolus (und zu dieſem gehört der d. indirectus gar nicht) inſofern für unpraktiſch erklärt, als das Weſen des Dolus immer doch nur im erſten Abſatz des §. 1 beſtimmt ſei, von demſelben daher überhaupt nicht anders geredet werden könne, als wenn die dort aufgeſtellten Bedingungen erfüllt ſind, wo dann aber wieder ein Unterſchied in der Behandlung nicht mehr ſtattfinden könne; erkennt Hye die Eintheilungen in den dolus determinatus und indeterminatus, directus und indirectus als ſchätzbare Leiſtungen der Wiſſenſchaft und als praktiſch wichtig an; er findet, daß durch den zweiten Abſatz des §. 1 „das Geſetz ebenſowohl einerſeits den beſtimmten und den unbeſtimmten, und andererſeits den directen gleichwie den indirecten Vorſatz eingeſchloſſen habe [8])." Dennoch faßt er den dolus indirectus ganz wie Jenull als Gegenſatz des dolus

---

[6]) N. Archiv des Criminalrechts 1835, S. 241, Not. 8. Juriſt 1842 VII. (Ausführliche Erörterungen u. ſ. w. §§. 7 u. 9.) S. 68 ff.

[7]) N. Arch. d. Crim. a. a. O. S. 243.

[8]) Hye, das öſterr. Strafgeſetz I. 144 und 145.

directe seu per propriam confessionem probatus auf. Nur verwahrt er ſich gegen die Annahme „als ob unſer Geſetz in dieſem §. 1 das Daſein des böſen Vorſatzes auf Grundlage einer bloßen Vermuthung als conſtatirt angenommen habe“ vielmehr müſſe derſelbe aus ſolchen Prämiſſen mit logiſcher Nothwendigkeit gefolgert werden [9]).

Zieht man in Betracht, daß im Sinne des §. 414 I. Thls., St.-G. vom Jahre 1803 jeder Beweis für ſich betrachtet, eigentlich nur eine rechtliche Vermuthung begründet, inſofern er nämlich durch entgegengeſetzte Erfahrungen nur bedenklich gemacht zu werden braucht, um ſchon nicht mehr als rechtlicher Beweis betrachtet werden zu können, d. h. zur einfachen Vermuthung (praesumtio hominis) herabzuſinken: ſo iſt es leicht zu erkennen, daß bei aller Verſchiedenheit im Ausdruck die vorſtehend dargeſtellten Anſichten doch weſentlich übereinſtimmen; — im Folgenden nämlich: In dem zweiten Abſatz des §. 1 wird genau dieſelbe Beſchaffenheit des Willens vorausgeſetzt, wie im erſten; es wird lediglich eine eigenthümliche Art des Beweiſes des Vorhandenſeines ſolchen Willens ſtatuirt. Treffen die Bedingungen, unter welchen derſelbe ſtatuirt iſt, ein, ſo gilt von dieſem Beweiſe dasſelbe, wie von jedem andern, d. h., der Richter hat die zu erweiſende Thatſache für wahr zu halten, ſofern nicht etwas Anderes wenigſtens zu vermuthen iſt. Was nun den Inhalt der ſo gewonnenen Norm, die Beweisregel ſelbſt betrifft, ſo iſt ſie im Weſen der Sache gegründet, an ſich wohl nie angefochten worden, und es würde auch eine ſolche Anfechtung gegenwärtig praktiſch ganz ohne Werth ſein. Es iſt nämlich dieſe Beweisregel ihrem weſentlichen Inhalte nach durch §. 268 St.-P.-O. vom 29. Juli 1853 ausdrücklich ſanctionirt, und iſt hierüber allerdings der Wille der Geſetzgebung unzweifelhaft ausgeſprochen. — Iſt es aber auch richtig, daß dieſe Beweisregel in der uns hier beſchäftigenden Geſetzesſtelle bereits enthalten, und daß nichts als dieſe darin niedergelegt war?

Auch hiefür iſt aus §. 268 der St.-P.-O. von 1853 ein Argument gezogen worden, das hier vor Allem beſprochen werden muß und eine etwas eingehendere Erörterung nöthig macht, nicht nur, weil es, einmal zugelaſſen, dieſe Frage unbedingt entſcheidet, ſondern auch weil noch ein principielles, über dieſelbe hinausgehendes Intereſſe ſich daran knüpft.

[9]) A. a. O. S. 148.

Es ist bei Erläuterung des §. 268 der St.=P.=O. [10]) die Behauptung aufgestellt worden: aus der nunmehrigen Fassung desselben sei zu entnehmen, „daß der höchste Gesetzgeber selbst den §. 1 unseres materiellen Strafgesetzes in keinem anderen Sinne auffasse", als in dem vorhin bezeichneten. Gewiß, wenn der Gesetzgeber ausspricht, wie er ein Gesetz verstanden wissen will, hat der Streit über den Inhalt desselben ein Ende; allein, je unterwürfiger die Doctrin mit ihren Auslegungsversuchen vor der authentischen Interpretation zurücktritt, desto wichtiger ist es, daran fest zu halten, daß der Gesetzgeber seinen Willen nur im Gesetz ausspricht, daß es eine Incongruenz zwischen diesem Willen und seinem Ausdruck nicht gibt. Ein Gesetz in einem gewissen Sinne aufzufassen, — dazu kann nur ein ausdrückliches, neues Gesetz verpflichten; eine indirecte authentische Interpretation kann es also nicht geben; der Rückschluß aus dem, was in einem über einen andern Gegenstand erlassenen späteren Gesetz gesagt oder nicht gesagt wird, auf den Sinn eines früheren Gesetzes beruht offenbar nicht auf einer Willenserklärung des Gesetzgebers, sondern auf einer Vermuthung, deren Stichhaltigkeit die Doctrin zu prüfen hat. Es kann also über die Art, wie der Gesetzgeber ein bereits vorhandenes Gesetz auffaßt oder aufgefaßt wissen will, nur ein neues, ausdrücklich zu diesem Zwecke erlassenes Gesetz Gewißheit verschaffen, bis dahin aber ohne Verletzung der dem Gesetzgeber gebührenden Ehrfurcht auch eine abweichende Auffassung nicht bloß verfochten werden; sondern es muß sich zur Festhaltung einer Regel jeder verflichtet sehen, welcher findet, daß sie auf dem Wege richtiger Auslegung eines bestehenden Gesetzes gewonnen ist, und daß dieser Auslegung keine authentische Interpretation entgegensteht. — Als eine solche authentische Interpretation des §. 1 des St.=G. kann man aber §. 268 der St.=P.=O. nicht gelten lassen; vor Allem deßhalb nicht, weil hier eine Prozeßregel gegeben, also am materiellen Recht nichts geändert werden sollte, sodann weil in der That in der Anerkennung der Regel selbst die Erklärung nicht enthalten ist, daß dieselbe im §. 1 des materiellen Strafgesetzes schon ausgesprochen sei, endlich weil vielmehr gerade aus dem §. 268 der St.=P.=O. gefolgert werden muß, daß die Gesetzgebung nicht schon im §. 1 St.=G. das ausgesprochen glaubte, was nunmehr im §. 268 der St.=P.=O. verfügt ist; denn da zu jener Zeit das Strafgesetz schon

[10]) v. Hye=Glunek, die leitenden Grundsätze der österr. Strafproceßordnung S. 294 Not. *).

für den ganzen Umfang des Reiches bekannt gemacht war, hätte man nur einen Pleonasmus darin ſehen können, eine in einem noch geltenden Geſetze bereits ausgeſprochene Regel in einem zweiten mit veränderten Worten zu wiederholen.

Wir ſind alſo berechtigt, den Stand der Frage unter der Herrſchaft des St. G. vom Jahre 1803 als auch noch jetzt maßgebend anzuſehen, und jede Beantwortung derſelben von dieſem Geſichtspunkte aus zu prüfen.

Da ſtellen ſich nun der bisher erwähnten Interpretation, ſchon wenn man an die eigenthümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zuſammenhange ſich hält, gewichtige Bedenken entgegen:

1. Lieſt man den §. 1 unbefangen, ſo ſieht man, daß die Worte: *nicht nur, ſondern auch*, deutlich darauf hinweiſen, daß von zwei einander *ausſchließenden* Fällen die Rede ſei; man ſieht aber eben daraus ferner, daß für beide Fälle gleichartige Diſpoſitionen gegeben werden. Daß im erſten Abſatz der Vorſatz als Rechtsbegriff, nicht als Thatumſtand behandelt wird, iſt gewiß nicht zu verkennen; daraus *allein* ergibt ſich ſchon, daß der durch „ſondern auch" verknüpfte zweite Abſatz ein Gleiches thun muß. Außerdem iſt auch nicht eine Sylbe zu finden, welche entnehmen läßt, daß es dem Geſetzgeber dabei um eine Beweisregel zu thun ſei. Das Geſetz ſagt: Böſer Vorſatz iſt nicht nur dann vorhanden, wenn das u. ſ. w. Uebel geradezu bedacht und beſchloſſen wurde, *ſondern* auch wenn u. ſ. w. Läßt es ſich wirklich mit ſolchem Wortlaut vereinigen, daß hier gemeint ſein ſoll: Böſer Vorſatz iſt dann *vorhanden*, wenn u. ſ. w.; er iſt aber auch dann *bewieſen*, wenn u. ſ. w.?

2. Die Behauptung, daß der Vorſatz, von welchem im zweiten Abſatz die Rede iſt, ſeiner inneren Beſchaffenheit nach identiſch ſei mit dem durch die Worte „geradezu bedacht und beſchloſſen" bezeichneten, verſtößt direct gegen die Worte „in einer *anderen* böſen Abſicht" — weil ja das Wort „anderen" überhaupt nur den Sinn haben kann, daß nunmehr eine von der bisher vorausgeſetzten verſchiedene Abſicht in Betracht komme. Das Geſetz ſpricht aber deutlich davon, daß in ſolcher anderer Abſicht wirklich „etwas unternommen oder unterlaſſen worden," — nicht davon daß dies (wie z. B. im §. 268 der St.-P.-O. vom Jahre 1853 vorausgeſetzt wird) fälſchlich behauptet wird. — Unglücklicher wäre wohl nie die Styliſirung eines Geſetzes ausgefallen, als

wenn in der That das Gesetz, da wo es von einem wirklich in anderer Absicht Unternommenen spricht, eigentlich etwas in derselben, nur fälschlich geläugneten Absicht Unternommenes meinte.

3. Prüfen wir nun (immer festhaltend am Standpunkte des Gesetzes von 1803) die Beweisregel selbst, welche angeblich in jener Stelle allein enthalten sein soll — also das durch die Auslegung gewonnene Resultat, so vermehren sich unsere Bedenken beträchtlich. Es ist ein in der Natur der Sache vollkommen gegründetes Verfahren, wenn demjenigen, der in zurechnungsfähigem Zustand etwas thut, woraus ein gewisses Uebel gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann, zugemuthet wird, daß er dabei die Absicht hatte, dieses Uebel herbeizuführen. Da es sich dabei nur um die Aufstellung einer Vermuthung handelt, welche wieder entkräftet werden kann, müssen wir wohl fragen, was das Gesetz, wenn es bloß eine Thatfrage regeln wollte, bestimmen konnte, die Vermuthung so zu beschränken, wie angeblich im §. 1 des St.-G. I. Theils vom Jahre 1803 geschehen ist.

Das Gesetz würde nämlich die Annahme des Dolus zunächst von dem zufälligen Umstand abhängig machen, ob der Angeschuldigte die vorausgesetztermaßen falsche Behauptung aufstellt, es habe ihn eine andere Absicht geleitet, oder ob er es angemessener findet, jede böse Absicht zu läugnen (vielleicht, indem er die That selbst in Abrede stellt). Ist die fragliche Vermuthung aber nicht noch viel dringender, wenn der Angeklagte selbst nicht eine andere Absicht vorzuschützen wagt?

Ferner wird hier ein wirklich erfolgtes Uebel vorausgesetzt. Was hat aber dieser dem Angeklagten gegenüber zufällige Erfolg mit dem Beweis des Seelenzustandes zu thun, aus welchem die That entsprang? Die Vermuthung des bösen Vorsatzes kann sich doch wohl nicht auf Umstände stützen, welche dem Handelnden unbekannt waren, als er sich zu der Unternehmung bestimmte. Nicht weil er das gethan hat, woraus ein Uebel erfolgt ist, sondern weil aus dem, was er unternahm, das Uebel gemeiniglich erfolgt oder leicht erfolgen kann, vermuthen wir, daß seine Absicht sich darauf richtete.

Aus welchem Grund sollte beim Versuch eine Präsumtion ausgeschlossen werden, welche eben auf der Beschaffenheit der Unternehmung als solchen beruht [11]). Muß man nicht schon dadurch allein auf die

[11]) In der That kennt Art. 44 des bairischen Strafgesetzes von 1813, der eine analoge Präsumtion aufstellt, weder die eine noch die andere Einschränkung.

Annahme gebracht werden, daß es dem Gesetz um etwas ganz anderes als um eine Beweisregel zu thun war?

4. Man nimmt wohl, um dieser letzteren Schwierigkeit zu entgehen, seine Zuflucht zum §. 413 des St.-G. I. Theils, vom Jahre 1803 als der ergänzenden Gesetzes-Bestimmung. Allein gerade diese Gesetzesstelle bestärkt uns in der Annahme, daß es im §. 1 des St. G. überhaupt nicht um eine Beweisregel sich handelt. Ist nämlich schon an sich auffallend, daß eine Beweisregel im materiellen Strafgesetz sich finden soll [12]), so wird dies noch auffallender dadurch, daß im Jahre 1803 materielles Strafgesetz und Prozeßgesetz Ein Ganzes bildeten, und es somit leicht war, jeder Verfügung ihren Platz gehörig anzuweisen, daß Beweisregeln über denselben Gegenstand nach jener Voraussetzung ohne Grund auseinandergerissen worden wären, während §. 443 seine Entstehung eben dem Bedürfniß verdankt, eine Lücke des C.-G.-O. vom Jahre 1788 auszufüllen.

Wenden wir uns nun dem Inhalt des §. 413 selbst zu und bringen ihn mit der im §. 1 angeblich begründeten Präsumtion in Verbindung, so gelangen wir zu folgendem Resultat: Der Thäter stellt entweder jede böse Absicht in Abrede, oder nur die zu einem gewissen Verbrechen erforderliche. Im ersten Falle kommt es zunächst darauf an, ob das Uebel aus der That nothwendig entsteht. Ist dies der Fall, so ist der Vorsatz immer als vorhanden anzunehmen, wo nicht, so wird wieder unterschieden ob die That vorbereitet wurde, wobei ebenfalls der Thäter des Vorsatzes überwiesen ist, sofern nicht Umstände hervorkommen, welche füglich eine andere Absicht erkennen lassen, — oder ob sie sich plötzlich zugetragen, wo die Entschuldigung statthaben kann. — Im zweiten Falle sollten alle diese Distinctionen ihre Bedeutung verlieren; es kommt zunächst auf den Ausgang der That an; tritt der Erfolg nicht ein, so wird er auch nicht als beabsichtigt angesehen, selbst wenn die That lange vorbereitet war. Tritt er ein, so genügt es, daß er aus der That gewöhnlich erfolgt, oder doch leicht erfolgen konnte. Der Fall, daß er nothwendig eintreten mußte, läßt sich hier nur durch eine Schlußfolgerung a minori ad majus hineinziehen. Zu diesem Resultate gelangen wir, wenn wir durch die im §. 1 angeblich enthaltenen Beweisregel die im §. 413 aufgestellte ergänzen. Besteht aber zwischen beiden Fällen eine so große Unähnlichkeit, daß man eine so durchgreifende Verschiedenheit der Behandlung leichter-

[12]) Hye, Strafgesetz I. S. 146 ff.

bings annehmen könnte — eine Verschiedenheit, von der übrigens §. 268 der St.=P.=O. vom Jahre 1853 keine Spur zeigt?

Sieht man nun, daß trotz so vieler Bedenken, Männer von solcher Einsicht so beharrlich an dieser Auslegung festhielten, so ist man gewiß begierig, die Gründe zu hören, mit welchen dieselbe verfochten wird. Wir finden aber, daß nach dieser Seite hin eigentlich eine Beweisführung erst von Kitka versucht wurde, während vor ihm die Präsumtion überhaupt (nicht die Auslegung, vermöge deren sie gewonnen ward) und selbst diese nur gegen den Vorwurf, daß sie zu weit gehe, gerechtfertigt wurde.

Die von Kitka angeführten Gründe sind neuerlich von Rulf[13]) ausführlich widerlegt worden, sie haben aber für uns dadurch besonders großen Werth, daß sie auf die inneren Gründe führen, welche einer so wenig günstigen Gesetzestextirung gegenüber, sogleich zu der von ihm verfochtenen Auslegung drängten.

Haben nämlich die allgemeinen Lehren des Strafrechts überhaupt nur sehr langsam sich entwickelt, so gelangte die Lehre von dolus und culpa jedenfalls am letzten zur Ausbildung. Wie lange begnügte man sich bei den einzelnen Delicten zwischen absichtlichem Handeln und blos zufälligem Herbeiführen des Erfolges zu unterscheiden? Kaum also, daß der Vorsatz nur ganz vag als das gemeinsame Merkmal aller Verbrechen hervorgehoben wurde. Sowie aber der Unterschied zwischen verbrecherischer und blos böser Gesinnung noch nicht allgemein festgehalten war, kam man auch erst spät darauf, das Specielle im Dolus, daß nämlich die Begehung einer bestimmten Art von strafbaren Handlungen in der Absicht liegen müsse, als wesentlich anzuerkennen. Erst die Kant'sche Philosophie, die mit den scharfen Distinctionen ihrer unerbittlichen Logik den handelnden Menschen von einem Dilemma zum anderen führt, und ihn aus ihrem Entweder — Oder nirgends herausläßt; erst Feuerbach's darauf gebaute Theorie, nach der im Grunde den Schuldigen nur die Strafe treffen kann, welcher er sich zuvor schon freiwillig unterwarf, brachten die Sache zum Durchbruch. Es war also eine neue Errungenschaft in der Lehre zu vertheidigen, daß der Schuldige jedes einzelne Element des objectiven Thatbestandes gewußt und

[13]) Ueber den indirecten bösen Vorsatz, in Haimerl's Magazin IX. 317 ff. — Auch Luden sieht in der Vorschrift des §. 1 des österr. St. G. nur eine Beweisregel, und beruft sich darauf, daß nach §. 2 der böse Vorsatz ausgeschlossen sei, wenn das Uebel aus Unwissenheit der Folgen entstand. (Handbuch I. S. 354. Not. 11.

gewollt haben müſſe. Sie war einerſeits gegen die Lehre vom dolus indirectus zu vertheidigen, welche daher zunächſt und in unerhört raſch entſchiedenem Kampf zu Boden geworfen ward; ſie war aber auch auf der anderen Seite zu vertheidigen gegen die Aufſtellung des Erforderniſſes eines gehäſſigen Motivs in einzelnen Fällen, und das war (wie z. B. Zeiller's Aufſatz in den Materialien und der von Kitka im Archiv vom Jahre 1835 beweiſen) viel ſchwerer, weil man eigentlich theoretiſch ſelbſt nicht davon hinweg konnte, daß nur eine Rechtsverletzung eine ſtrafbare Handlung ſein könne, daß daher auf eine ſolche auch die Abſicht gerichtet ſein müſſe, im Geſetz aber Handlungen mit Strafen belegt ſind, die eine Rechtsverletzung denn doch nicht enthalten.

Der Begriff des böſen Vorſatzes auf den einfachſten Ausdruck, als voluntas delinquendi, zurückgeführt, erſchien nun als eine Art von Naturnothwendigkeit; ihm gegenüber der des dolus indirectus als ein logiſches Unding. Faßte man nach der Methode der Zeit das Geſetz als das Reſultat eines Philoſophems auf (und für den Philoſophen gibt es immer nur ein Philoſophem — das eigene) — ſo erſchien die Anerkennung des dolus indirectus als Abſurdum, als etwas, das dem Geſetz gar nicht zugemuthet werden konnte, ſo lange nur irgend eine andere Erklärung der Geſetzesſtelle zu finden war. Sie war aber in der praesumtio doli bald gefunden, welche die ältere Schule nebſt vielen anderen unklaren Dingen in das hiezu ſo bequeme Fachwerk des dolus indirectus geworfen hatte.

Ging man nun davon aus, daß das Geſetz irgend eine der verſchiedenen Arten des alten dolus indirectus und zwar für alle Gattungen der Verbrechen habe beibehalten wollen, ſo konnte man nicht wohl eine andere als jene anerkennen, welche ſofort in eine gleiche Präſumtion ſich auflöſen mußte.

Mit alledem werden begreiflich die vorſtehend entwickelten Bedenken nicht beſeitigt; allein es wird dadurch erklärlich, wie jene Autoritäten des öſterreichiſchen Criminalrechts ſich darüber hinaus zu ſetzen vermochten. Gelingt es uns überdies weiter unten darzuthun, daß das Geſetz den Begriff des Dolus nicht völlig übereinſtimmend mit der Wiſſenſchaft jener Zeit nahm, ſo dürfte auch die Autorität jener Männer nicht mehr das Anſehen der von uns bekämpften Interpretation zu ſchützen vermögen.

II.

Wenden wir uns nun Denjenigen zu, welche in der fraglichen Geſetzesſtelle etwas anderes als eine Beweisregel erkennen, ſo zeigt ſich eine viel größere Mannigfaltigkeit, ja eine ſehr weit gehende Unbeſtimmtheit der Anſichten, beſonders darin, daß der in der älteren Doctrin ſehr verſchieden angewendete Ausdruck dolus indirectus faſt von Allen gebraucht wird, während doch nicht zu verkennen iſt, daß nicht Alle dasſelbe darunter verſtehen.

Kleinſchrod tadelt in ſeiner Beſprechung des Strafgeſetzes vom Jahre 1803 [14]), daß in §. 1 der ſogenannte indirecte Vorſatz dem directen vollkommen gleichgeſtellt ſei; — überdies ſei die Begriffsbeſtimmung unvollſtändig; es hätte in derſelben ausgedrückt ſein müſſen, daß der Verbrecher das Uebel wirklich vorherſah.

Von Meiſter dagegen iſt bekannt, daß er ſich mit der im §. 1 der öſterreichiſchen Strafgeſetzgebung gefundenen Begriffsbeſtimmung höchlich zufrieden erklärte [15]). Dabei muß aber nicht überſehen werden, daß nach Meiſter's Anſicht das eigentliche Merkmal des dolus indirectus die Eventualergebung in den (wirklich eingetretenen) ſchlimmſten Fall iſt [16]). Die Sachlage, welche er in der uns beſchäftigenden Geſetzesſtelle vorausgeſetzt glaubt, iſt dieſe: Der Schuldige ſah mehrere Ausgänge der Handlung voraus, worunter wenigſtens ein minder ſchlimmer, keiner jedoch, in welchem die Handlung aufgehört hätte, ſtrafbar zu ſein; der ſchlimmſte Erfolg jedoch war wahrſcheinlicher oder doch wenigſtens eben ſo wahrſcheinlich; nichtsdeſtoweniger ward die Handlung freiwillig unternommen.

Wir müſſen ferner hier auch Zeiller nennen, ſo beſtimmt er ſich in der früher angeführten Stelle für die Annahme einer bloßen Beweisregel auszuſprechen ſcheint. Schon in der Widerlegung der eben erwähnten Kleinſchrod'ſchen Kritik geht er auf deſſen Auffaſſung des §. 1

[14]) (Altes) Archiv des Criminalrechtes VI. 3. Heft, S. 31.

[15]) N. Archiv des Criminalrechtes I. Bd. Nr. 10 §. 11, S. 113.

[16]) A. a. O. §. 7; — im Grunde bezeichnet alſo Meiſter doch nur den dolus indeterminatus als dolus indirectus, a. a. O. §. 10. Vergl. Köſtlin, N. Reviſion S. 314.

unbedenklich ein; er läßt es gelten, daß daſelbſt der dolus directus dem dolus indirectus, ſoweit es ſich um die Frage handelt, *ob* ein Verbrechen vorliege, gleichgeſtellt ſei; das aber ſei nicht richtig, daß die Gleichſtellung ſich auch auf die Strafe beziehe, und er weiſt in dieſer Beziehung auf den Unterſchied in der Behandlung des Mordes und Todtſchlags hin (§§. 117 und 123), iſt *alſo offenbar der Anſicht, daß in dem einen Falle* dolus directus, im anderen dolus indirectus (im Sinne des §. 1) vom Geſetz vorausgeſetzt werde[17]).

Der letzte Schatten von Zweifel über *Zeiller's* Anſicht verſchwindet jedoch, wenn man dieſe gelegentliche Bemerkung aus einem viel ſpäter veröffentlichten Aufſatz über den böſen Vorſatz ergänzt[18]).

In dieſer Arbeit wird (§. 17) beſonderes Gewicht darauf gelegt, daß der Begriff des Vorſatzes mit dem Beweis desſelben nicht zu verwechſeln ſei. Es wird ſodann von zwei (eigentlich vier) verſchiedenen Arten des böſen Vorſatzes geſprochen und der Gegenſatz, welchen §. 1 des Str.-G. enthält, ſo ausgedrückt, daß zuerſt von jenem Fall die Rede ſei, wo „der Thäter die verbrecheriſche Handlung gewollt hat. Das Geſetz begnügt ſich aber weiter (heißt es dann) auch noch damit, daß der Thäter zwar ein anderes, minderes Uebel gewollt hat, aber ungeachtet des Bewußtſeins, daß nach den Naturgeſetzen ein größeres Uebel daraus entſtehen könne, dennoch die Handlung unternommen hat." (§. 7). Mit Aufſtellung dieſes Unterſchiedes habe aber das Geſetz die Unterſcheidung in dolus directus, determinatus und dolus indirectus, indeterminatus berückſichtigt. Schon dieſe Ausführung läßt keinen Zweifel darüber, daß nach der Anſicht *Zeiller's* die fragliche Stelle im §. 1 ſich nicht auf eine fälſchliche Angabe des Angeklagten, ſondern auf den Fall bezieht, wo derſelbe wirklich eine andere (von der im erſten Abſatz des §. 1 dargeſtellten, verſchiedene) Abſicht hatte. Die Beiſpiele, welche weiterhin angeführt werden, beſtätigen dies noch beſtimmter. Es entſteht alſo nur die Frage, welche praktiſche Bedeutung dieſer zweiten Art des Dolus beigelegt wird? Aus der Bemerkung, welche (§. 10) darüber gemacht wird, daß „in einigen Fällen die Geſetze die verſchiedenen Arten des böſen Vorſatzes durch verſchiedene Gattungen von Verbrechen unterſcheiden," ergibt ſich indeß wohl deutlich genug, daß in allen jenen Fällen, wo

[17]) Jährlicher Beitrag, a. a. O. S. 282.
[18]) Materialien VIII. 408 ff.

dies nicht geſchieht, der indirecte Vorſatz dem directen gleichgeſtellt bleiben ſoll.

Aus Anlaß einer Unterſuchung über die Möglichkeit des Verſuchs beim Todtſchlag ſprach ſich geraume Zeit ſpäter Stählin über die fragliche Geſetzesſtelle aus, und hob dabei namentlich mit großer Energie hervor, daß, wenn von Anwendung derſelben die Rede ſein ſolle, „die Abſicht nie auf das zum Thatbeſtande des begangenen Verbrechens gehörige Uebel abzielen dürfe," daß dagegen dieſes Uebel wirklich entſtanden ſein müſſe[19]). Stählin tritt alſo im Weſentlichen inſofern der ſpäteren Anſicht Zeiller's bei, als er eine eigene Art des böſen Vorſatzes annimmt, welche in der Regel zur Begründung des Verbrechens hinreicht, ſoweit nicht das Geſetz, wie bei Mord und Todtſchlag, durch Anerkennung einer eigenen Art des Verbrechens eine Ausnahme anordnet.

Auch Hye müſſen wir hier wieder anführen, weil er zwar, wie früher gezeigt, den dolus indirectus für gleichbedeutend mit dolus indirecte probatus erklärt, dennoch aber der Anſicht iſt, es habe durch die uns beſchäftigenden Worte „das Geſetz ebenſowohl einerſeits den beſtimmten und den unbeſtimmten und andrerſeits den directen gleichwie den indirecten Vorſatz eingeſchloſſen."

In einer ſchon früher angeführten, eigens dieſer Frage gewidmeten Abhandlung hat endlich Rulf die Anſicht Derjenigen, welche blos eine Beweisregel im zweiten Satz des §. 1 erkennen wollen, bekämpft und den dolus indirectus als daſelbſt anerkannt erklärt. Wie er den Begriff dieſes Letzteren auffaſſe, ſpricht er nicht aus, jedoch ergibt ſich aus einzelnen Stellen ſeines Aufſatzes, daß er der Anſicht Stählin's vollſtändig beitritt, daß er den indirecten Vorſatz als ein Minimum anſieht, welches dann vorhanden ſein müſſe, wenn der directe Vorſatz entweder geradezu ausgeſchloſſen, oder als unweſentlich für den Begriff eines beſtimmten Verbrechens erklärt iſt, daß er darin den höchſten Grad von Fahrläſſigkeit ſieht, der unmittelbar an den directen Vorſatz grenzt und der mit Rückſicht auf den eingetretenen Erfolg ſtrafbarer erſcheint, als viele vorſätzliche Handlungen[20]).

---

[19]) Ueber den Verſuch des Todtſchlags. Oeſterr. Zeitſchr. f. Rechtsw. 1840. II. 315 ff.

[20]) Erſt nachdem gegenwärtiger Aufſatz geſchloſſen war, kamen dem Verfaſſer die Nummern 470 und 471 des Eco de' Tribunali zu Geſicht, welche eine Widerlegung Rulfs (von Dr. G. R.) enthalten, die zwar in den freien Regionen der Abſtraction und Theorien die Anſicht gewinnt, daß ſich eine Beſtrafung in denjenigen Fällen, in welchen der Wille nicht überlegt, mitwirken konnte (condizione dell' anima umana, nella quale la volontà

Man ſieht aus Vorſtehendem, wie wenig für das Verſtändniß des §. 1 mit dem gewonnen iſt, worin die hier entwickelten Anſichten übereinſtimmen und dennoch iſt nicht zu verkennen, daß eine falſche Auffaſſung hier noch bedenklicher wird, weil ſie von hier aus über das ganze Gebiet des Strafrechts hin wirken müßte.

Zwei Fragen ſind es aber, welche dabei zu beantworten ſind:

1. Welche Vorausſetzungen müſſen gegeben ſein, damit im Sinne des §. 1 auch dann Vorſatz zur Laſt falle, wenn das Uebel, welches mit dem Verbrechen verbunden iſt, nicht geradezu bedacht und beſchloſſen wurde?

2. Wollte das Geſetz dieſe zweite Art des böſen Vorſatzes der erſten derart an die Seite ſtellen, daß es für die Begriffsbeſtimmung eines Verbrechens immer oder doch in der Regel gleichgiltig ſei, ob die eine oder die andere vorliege?

III.

Wenden wir uns der erſten dieſer beiden Fragen zuerſt zu, ſo haben wir zu bemerken:

a) Das iſt bereits früher bewieſen worden, daß der im zweiten Abſatz charakteriſirte Vorſatz weſentlich verſchieden ſein muß von dem im erſten definirten; es darf alſo das Uebel nicht geradezu bedacht und beſchloſſen, alſo da ein Beſchließen ohne Bedenken nicht vorkommen kann, wenigſtens nicht beſchloſſen ſein. — Es handelt ſich alſo um ein zum Thatbeſtand eines Verbrechens gehöriges Uebel, welches jedoch herbeizuführen in der Abſicht des Handelnden nicht lag, — welches von ihm nicht beſchloſſen war. Der Handelnde muß vielmehr eine andere Abſicht gehabt haben.

b) Aber auch dieſe andere Abſicht iſt eine böſe, d. h. (da das Strafgeſetz mit der bloßen Unſittlichkeit nichts zu thun hat) ſie iſt auf einen Erfolg gerichtet, welchen herbeizuführen bei Strafe verboten iſt, einen Erfolg, welcher an ſich zum objectiven Thatbeſtand eines Verbrechens, eines Vergehens oder einer Uebertretung gehört.

non vi poteva concorrere deliberatamente) nicht rechtfertigen laſſe, dennoch aber mit unſerer unten entwickelten Anſicht über den §. 1 völlig übereinſtimmt. Questo paragrafo secondo noi non fà che riassumere in sè tutte le disposizioni riguardanti la pravità d'intenzione sparsi nei diversi capitoli del Codice. Ob aber die oben dargeſtellte Anſicht Rulf's weiter geht — iſt wenigſtens zweifelhaft.

c) Es ist in dieser Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das unter a) bezeichnete Uebel gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann.

d) Aus dieser Handlung oder Unterlassung muß jenes Uebel wirklich entstanden sein; — sie muß also wider den Willen des Thäters die ausreichende Ursache (nicht die zufällige Veranlassung) jenes Uebels geworden sein. — Sie muß dies geworden sein, eben so weit sie aus jener wirklich vorhandenen Absicht unternommen wurde, nicht vermöge solcher Nebenumstände, welche die Nachlässigkeit des Handelnden hinzukommen läßt. Denn nur soweit die Handlung aus jener anderen bösen Absicht unternommen ist, soweit sie als Mittel zur Erreichung dieser letzteren gewählt wurde, und auf dem eingeschlagenen Wege nothwendig war, kann dem Thäter auch der nicht beabsichtigte Erfolg der That zur Last gelegt werden. Man braucht die Sache nur negativ zu fassen, um sicher zu sein, daß man sie richtig behandelt. Hätte der Schuldige, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, das Uebel, welches nur wider seinen Willen erfolgte, herbeizuführen, jene andere böse Absicht, aus welcher er die That unternahm, nicht aufgeben, sondern die letztere nur anders einrichten müssen, so kann man nicht sagen, daß aus böser Absicht dasjenige unternommen wurde, wodurch das Uebel entstanden ist [21]).

Das Beispiel, welches Kitka anführt, um die Gegner seiner Auslegung ad absurdum zu führen, verliert mit dieser Annahme sein Abschreckendes. Die böse Absicht, zu stehlen, hat offenbar nicht den geringsten Einfluß darauf geübt, daß der Dieb den Ort des Verbrechens mit unversorgtem statt mit vorsorglich verdecktem Licht betrat. Jene Handlung also, aus welcher der Brand entstand, war nicht aus böser Absicht, sondern aus Nachlässigkeit begangen worden [22]).

Uebersehen wir also die Voraussetzungen der Annahme jener zweiten Art von bösem Vorsatz, so zeigt sich, daß sie ein doloses und culposes Element einschließen. Ein doloses unverkennbar dadurch, daß eine böse Absicht und eine auf deren Realisirung berechnete Handlung, also

---

[21]) Man sieht, wie ganz unerläßlich bei dieser Auffassung der Sache, das im Gesetz hervorgehobene Erforderniß einer anderen bösen Absicht war — ein Erforderniß, das die Präsumtion des directen Vorsatzes eher auszuschließen als zu begründen geeignet wäre.

[22]) Vergl. Rulf a. a. O. S. 308.

wenigſtens der Verſuch eines Verbrechens, Vergehens oder einer Uebertretung erforderlich iſt.

Das culpoſe Element iſt aber nicht weniger deutlich ausgeprägt. Liegt ja das Weſen des culpoſen Delictes eben darin, daß Jemand für einen Schaden verantwortlich gemacht wird, den er nicht anrichten wollte, daß das Eintreten der Verantwortung aber lediglich von dem äußerlichen Umſtand abhängt, daß der Schade wirklich angerichtet wurde.

Nun ſind allerdings dieſe beiden Elemente nicht von einander geſondert zu faſſen; ſie haben ſich hier auf eine ganz eigenthümliche Weiſe durchdrungen und zu einem untrennbaren Ganzen verknüpft. Die äußerliche That nämlich iſt beiden Elementen gemein; nur ſo weit ſie von der böſen Abſicht beherrſcht iſt, kommt die culpoſe, nur ſo weit ſie wider den Willen des Thäters ein Uebel wirklich herbeiführt, die doloſe Handlung in Betracht. Ein Thatumſtand, der als blos dolos oder als blos culpos zu erkennen wäre, müßte bei Beantwortung der Frage, ob die fragliche Art des böſen Vorſatzes vorhanden ſei, gänzlich unbeachtet bleiben.

Wir haben damit den Begriff der culpa dolo determinata in Feuerbach's Sinn, etwas von der bloßen Concurrenz von Dolus und Culpa weſentlich Verſchiedenes gewonnen.

Es iſt ſomit im §. 1 des St.-G.-B. dem wirklich vorhandenen böſen Vorſatz ein zweiter gegenüber geſtellt, der nicht in Wirklichkeit, ſondern nur vermöge einer geſetzlichen Fiction beſteht.

Der Gedanke, der hier dem Geſetze zu Grunde liegt, iſt unverkennbar der: in gewiſſen, beſonders wichtigen Fällen, unter beſonders ſchweren Umſtänden den Thäter für ein Uebel verantwortlich zu machen, welches er nicht herbeiführen wollte. Die Grenze, welche der Anwendung dieſer Fiction geſteckt wird, iſt übrigens deutlich genug bezeichnet. Wer ſeine Abſichten auf Erlaubtes einſchränkt, iſt nicht in Gefahr ihr zu verfallen. Von dem Augenblicke aber, wo der Handelnde für die Erreichung einer böſen Abſicht thätig wird, tritt er in die Region, wo das Factum an ſich, auch abgeſehen vom Willen, Bedeutung hat; ſeine That kann ihn weiter tragen als ſeine Abſicht geweſen. Der Ausgang wird ſein Richter.

Doch kann das Mißverhältniß zwiſchen Wille und That auch nicht ſo groß werden, als man beim erſten Anblicke meinen ſollte. Es iſt nämlich unverkennbar beim Thäter eine größere Verderbtheit des Wil-

lens vorhanden, als worauf die Abſicht, die er hatte, für ſich allein ſchließen laſſen würde; ſie documentirt ſich darin, daß er von der gefaßten böſen Abſicht ſich nicht abwenden läßt, obgleich die Möglichkeit, ja Wahrſcheinlichkeit eines Uebels, das herbeizuführen nicht in ſeinem Willen liegt, vorhanden war und auch von ihm, wenn er nur jene Achtſamkeit anwendete, welche ſchon bei erlaubtem Thun Pflicht iſt, hätte erkannt werden müſſen.

Eben darum geht aber das Geſetz in Anerkennung des rein Factiſchen ſo weit, daß ſelbſt der error invincibilis hier die Verantwortung nicht ausſchließt, da es mit großer Beſtimmtheit blos die objectiven Verhältniſſe bezeichnet, welche die Verantwortung begründen — Verhältniſſe, unter deren Erkenntniß die Gefahr nicht gerade immer vorhanden ſein muß [23]).

Es gibt einen Standpunkt, von welchem aus es gerügt werden kann, daß unſer Geſetz der objectiven Seite der That ein ſolches Gewicht beilegt; es gibt einen anderen, von dem aus die Rechtfertigung leicht iſt — und dieſer letztere iſt offenbar der im Volke lebenden Rechtsüberzeugung näher. Allein, wie immer man darüber denkt, kann die Richtigkeit der vorſtehenden Auslegung doch nicht durch Argumente angefochten werden, welche dieſem Ideenkreiſe entnommen ſind. Denn, daß das Geſetz nicht einen rein ſubjectiven Standpunkt einnimmt, daß es in ſehr vielen Fällen das Schickſal des Schuldigen abhängen läßt von dem Verlauf, den unabhängig von ſeiner Willkür die einmal begonnene That nimmt — läßt ſich wohl nicht verkennen. Davon nicht zu ſprechen, daß das vollbrachte Verbrechen ſtrenger als der Verſuch geſtraft wird, daß die Strafe des intellectuellen Urhebers und des Gehilfen durch den Ausgang der That eines Anderen oft geregelt wird, möchten wir nur darauf hinweiſen, daß gerade die ſchwerſte aller Strafen, mit welcher das Geſetz ſo weiſe ſpart, die Todesſtrafe, ſehr oft in Fällen dieſer Art wird verhängt werden müſſen (§§. 74, 86, 88, 141, 167 lit. a im

---

[23]) Es lag der Gedanke zu nahe, ſtatt von dieſen objectiven Verhältniſſen von dem, was im Bewußtſein des Schuldigen vorgeht, zu ſprechen; in dieſem Falle hätte man aber weiter gehen und den Angeklagten für jedes Uebel, das er als möglich vorausſah, verantwortlich machen müſſen, ohne erſt darnach zu fragen, ob das Uebel aus der That an ſich leicht entſtehen könne. Das Geſetz hat offenbar nicht ohne Grund dieſe Wendung beibehalten; denn auch die entgegengeſetzte iſt ihm nicht fremd; wie der Beiſatz „da es von dem Brandleger vorhergeſehen werden konnte.“ §. 167 (§. 148 I. Theil von 1803) beweiſt.

erſten dort aufgezählten Falle, 169), und wir können uns die Anführung unzähliger anderer Geſetzesſtellen erlaſſen, welche von demſelben Geiſte Zeugniß geben.

Fragen wir uns nun nach den Seelenzuſtänden, welche das Geſetz dabei vorausſetzt, und in welchen eine ſolche culpa dolo determinata gewöhnlich eintreten wird, ſo zeigen ſich uns zwei von einander beträchtlich verſchiedene; ſie heißen in der Schulſprache: Affect (impetus) und frevelhafte Fahrläſſigkeit (luxuria). Impetus nämlich ſetzt einen Zuſtand voraus, in welchem das Bewußtſein zwar nicht aufgehoben, aber von irgend einem naheliegenden Gegenſtand ſo gänzlich in Anſpruch genommen iſt, daß man faſt nichts Anderes zu beachten vermag; vom Affect völlig beherrſcht, will der Menſch eben nur eine beſtimmte Handlung, zu welcher dieſer ihn hindrängt; er iſt aber außer Stande, die Folgen zu bedenken, welche daraus wahrſcheinlich, vielleicht ſogar mit Nothwendigkeit ſich ergeben. — Luxuria dagegen iſt waghalſiges Vertrauen auf den Zufall; der Handelnde ſieht wohl ein, daß aus ſeiner Unternehmung ſehr leicht ein gewiſſes Uebel entſtehen könne; er wünſcht ernſtlich dieſes Uebel zu vermeiden und würde die Handlung gewiß unterlaſſen, wenn er jenes Uebel als nothwendige Folge derſelben erkennen würde; da ihm dies aber blos als wahrſcheinlich erſcheint, vertraut er übermüthig der Gunſt des Zufalls [24]).

Weder in dem einen noch in dem andern dieſer Seelenzuſtände läßt ſich jedoch eine Ergebung in dieſen ſchlimmſten Erfolg erkennen; im Fall des impetus nicht, weil derſelbe da dem Bewußtſein ganz entrückt iſt; nicht in dem der luxuria, weil das Weſen derſelben eben darin beſteht, daß das Nichteintreten des üblen Erfolges zwar leichtſinnigerweiſe, aber doch ſehr beſtimmt gehofft wird. Die Eventualergebung in den ſchlimmſten Fall, die wenigſtens eventuelle Genehmigung desſelben, welche Meiſter als das Merkmal des dolus indirectus bezeichnet und welche in der That das Weſen des dolus indeterminatus ausmacht, läßt ſich alſo im zweiten Abſatz des §. 1 nicht nachweiſen, und es läßt ſich daher auch nicht behaupten, daß der dolus indeterminatus daſelbſt mit eingeſchloſſen ſei. Soll vielmehr der letztere für das öſterreichiſche Strafrecht eine Bedeutung haben, ſo muß es möglich ſein, ihn unter die Worte des erſten Abſatzes „geradezu bedacht und beſchloſſen“ zu ſubſumiren.

[24]) Vrgl. Köſtlin Reviſion §. 111.

IV.

Dürfen wir nun hoffen, richtig erkannt zu haben, welche Art der Willensbeſtimmung im zweiten Abſatz des §. 1 vorausgeſehen und unter den Begriff des böſen Vorſatzes eingereiht wurde; ſo gewinnt die zweite von uns aufgeworfene Frage eine um ſo höhere Bedeutung. Soll es im Sinne des Geſetzes für den Begriff eines jeden Verbrechens gleichgiltig ſein, ob die eine oder die andere Art des böſen Vorſatzes vorhanden iſt, d. h. iſt eine allgemeine Gleichſtellung beider Arten des böſen Vorſatzes im §. 1 ausgeſprochen?

Allgemein ſcheint es vorausgeſetzt zu werden, dieſe Frage könne nicht anders als bejahend beantwortet werden, ſobald einmal überhaupt eine Vorſchrift über die Beſchaffenheit, nicht über den Beweis des Vorſatzes im §. 1 gefunden wird; die meiſten Einwendungen, welche gegen dieſe Art der Auslegung erhoben wurden, hängen damit zuſammen. Müſſen wir nun dennoch dieſe Frage verneinend beantworten, ſo können wir für uns ſprechen laſſen, was wir bisher beſtreiten mußten, ſo lange es zu viel bewies.

Wahr iſt es vor Allem, daß wenn unſer Strafgeſetz nicht auf einem rein ſubjectiven Standpunkt ſteht, es doch die hohe Bedeutung des Willensmomentes nie aus den Augen läßt, wie das auch im Sinne der Zeit, in der es entſtand, nicht anders möglich war. Wie ſollen wir nun, dies einmal feſtgeſtellt, uns ſo leicht überreden, es habe das Geſetz für alle Verbrechen ohne Unterſchied, ſobald nur gewiſſe Bedingungen erfüllt wären, von vorn herein es für unweſentlich erklären wollen, ob das eingetretene Uebel in der Abſicht des Handelnden lag oder von derſelben geradezu ausgeſchloſſen war? Wie können wir von einem Geſetz, das den Verſuch dem vollbrachten Verbrechen rückhaltlos gleichſtellt, vorausſetzen, es wolle jedes Verbrechen in ſolcher Weiſe aufgefaßt wiſſen, daß es unter Umſtänden lediglich vom Ausgang abhängt, ob es überhaupt als exiſtirend angeſehen werden könne?

Sollte ferner wirklich im §. 1 eine ſo tief eingreifende allgemeine Regel gegeben werden, ſo würde man billig über die Unbeſtimmtheit

verwundert ſein, mit welcher gerade das Wichtigſte, das, was die Grenze gegen die bloße Culpa bilden muß, bezeichnet iſt. Es iſt dies jene „andere“ Abſicht, aus welcher die Handlung unternommen wurde. Von dieſer iſt nur vorgeſchrieben, daß ſie böſe ſein müſſe. Allein wie vag iſt dieſes ſo entſcheidende Wort! — Muß nicht ſelbſt die Einſchränkung auf das geſetzlich Verbotene und wohl auch auf das bei Strafe Verbotene erſt hinein interpretirt werden? Und wie viel bleibt auch da noch der Auslegung zu thun übrig. Politiſche und Finanzgeſetze verbieten eine Unzahl von Handlungen unter Androhung von Strafen; ſollte es genügen, daß die Abſicht auf eine dieſer Handlungen gerichtet war? Gewiß nicht, wenn nicht die Fälle, in denen der böſe Vorſatz nur fingirt iſt, in erſchreckender Weiſe ſich häufen ſollen! Ja ſelbſt, wenn wir von böſer Abſicht nur dann ſprechen, wenn der Handelnde es auf ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine im allgemeinen Strafgeſetz vorgeſehene Uebertretung abgeſehen hatte, wie ſehr loſe kann da noch immer der Zuſammenhang ſein zwiſchen dem, was wirklich beabſichtigt wurde, und dem, was in der That aus der Handlung entſtand; wie ganz verſchieden wird oft das Motiv, das der wirklich vorhandenen Abſicht entſpricht, von dem ſein, welches die fingirte vorausſetzen ließe! — Wir dürfen alſo wohl annehmen, daß das Geſetz jene Gleichſtellung nicht unbeſchränkt hinſtellen wollte, ja eine abſolute Gleichſtellung nicht beabſichtigte.

Noch deutlicher zeigt ſich dies, wenn wir das Geſetz unmittelbar befragen. — Vor Allem ſehen wir, daß eigentlich nur geſagt iſt, es ſei auch in dieſem zweiten Falle böſer Vorſatz, keineswegs aber, es ſei der zu „dem Verbrechen“ erforderliche Vorſatz vorhanden. — Sodann muß es auffallen, wie wenig Spielraum jener allgemeinen Regel gerade in jenen Fällen vom Geſetz gelaſſen wird, in welchen ihre unbedingte Anwendung am eheſten ſich rechtfertigen ließe. Bekannt iſt, daß gerade in der Lehre von der Tödtung und Körperverletzung die Theorie des dolus indirectus ihren Ausgangspunkt fand und daß ſie eigentlich außerdem nur noch die Brandſtiftung umfaßte, wie denn um die L. 1. §. 3 D. ad Leg. Cornel. de sicariis et venef. (48. 8) und L. 9 D. de incend. (47. 9) eigentlich immer der Streit ſich gedreht hat. Dennoch findet auf Tödtungen die Vorſchrift des zweiten Abſatzes des §. 1 unmittelbar niemals Anwendung, vielmehr hat das Geſetz mit großer Sorgfalt alle jene Fälle, wo nach demſelben der Vorſatz zu tödten angenommen werden müßte, oder unter Umſtänden wenigſtens angenommen werden könnte, aus dem Begriffe des

Mordes selbst in dem Fall ausgeschieden, wo die Strafe der des Mordes gleichkommt. Der Begriff der Brandstiftung ist in unserem Gesetze so bestimmt, daß nur der directe Vorsatz in Betracht kommen kann; eine Handlung, die ohne Erfolg geblieben, nicht als Versuch gestraft werden könnte, fällt überhaupt nicht unter den Begriff dieses Verbrechens. Eine Ausnahme hievon, aber eine neue Bestätigung unserer Ansicht, enthält §. 169. Im Falle dieses letzteren Paragraphes nämlich ist die directe Absicht, fremdes Eigenthum in Brand zu setzen, geradezu ausgeschlossen, auch die Absicht, fremdes Eigenthum der Feuersgefahr auszusetzen, wird nicht gefordert[25]), ja ausdrücklich nicht einmal das Bewußtsein, daß diese Gefahr vorhanden sei; es genügt, daß Jemand sein Eigenthum aus was immer für einer bösen Absicht in Brand gesteckt hat und daß hieraus Gefahr für fremdes Eigenthum entstand. Hier sind also alle jene Bedingungen, welche im §. 1 vorausgesetzt wurden, erfüllt; auch will das Gesetz die Gleichstellung mit der im §. 166 vorhergesehenen That; dennoch wurde dies eigens angeordnet und somit gelangt jene Vorschrift auch hier nicht zu unmittelbarer Wirksamkeit.

Also gerade auf jene Fälle, für welche die Theorie vom dolus indirectus geschaffen wurde und auf welche sie gewiß am ehesten sich anwenden läßt, kann die fragliche Stelle des §. 1 des St.-G. unmittelbar nicht bezogen werden; man ist also wohl zu der Annahme gedrängt, daß dieselbe nicht dispositive, sondern lediglich declarative, motivirende Bedeutung hat.

In dieser Annahme, wie in allen vorstehend entwickelten Ansichten werden wir aber durch die Betrachtung des historischen Entwicklungsganges der Lehre vom dolus indirectus auf's Nachdrücklichste bestärkt. — Wir können rücksichtlich derselben im Allgemeinen auf die Darstellung bei Köstlin[26]), Berner[27]) und Krug[28]) uns stützen und möchten nur auf Folgendes insbesondere die Aufmerksamkeit lenken.

Die gemeinrechtliche Lehre vom dolus indirectus ist das Ergebniß der Bemühungen, das alte germanische Recht, wie es selbst noch in der Carolina sich wirksam zeigt, mit den bei einzelnen Delicten aufgestellten, künstlich generalisirten Regeln des römischen Rechts in Einklang zu bringen. Das war nun aber besonders rücksichtlich der Tödtung schwer.

[25]) Jenull II. §. 149.
[26]) N. Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, S. 307 ff.
[27]) Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, S. 254 ff.
[28]) Ueber Dolus und Culpa (Leipzig 1854) S. 9 ff.

Daß das ältere germaniſche Recht hier ganz eigentlich auf objectivem Standpunkte ſteht, daß kaum die durch Zufall oder leichtes Verſchulden herbeigeführte Tödtung milder behandelt wurde, als die mit reifem Vorbedacht verübte, iſt bekannt genug. Gerade bei dieſem Verbrechen hatten ſich die alten Traditionen der Natur der Sache nach länger und lebhafter erhalten, und zwar um ſo leichter, weil hier religiöſe Motive nachhaltig mitwirkten. Der bibliſchen Regel: „Wer Menſchenblut vergießt, deß Blut ſoll wieder vergoſſen werden“ wurde bekanntlich noch im vorigen Jahrhunderte die Deutung mitunter beigelegt, daß ſie die Tödtung zu einem delictum juris divini ſtämple und weder eine Ausnahme, noch Begnadigung geſtatte[29]). Zwar macht das Moſaiſche Recht ſelbſt einen Unterſchied bezüglich der Tödtungen; aber ganz wie das germaniſche erklärt es blos rein culpoſe oder nur caſuelle Tödtungen für ſtraflos und ſelbſt in ſolchen Fällen ſpricht es dem Bluträcher ſein Recht nicht ab, ſondern gibt nur dem Thäter Gelegenheit, ſich ihm zu entziehen[30]).

Dem Allen ſtand gerade bezüglich der Tödtung am allerſchroffſten das römiſche Recht gegenüber, welches wenigſtens die wichtigſten Verſuchshandlungen dem vollbrachten Verbrechen gleichſtellt[31]), den Dolus aufs ſchärfſte als animus occidendi faßt und dann allenfalls nur noch dem Affect eine Bedeutung beimißt. Delinquitur autem aut proposito, aut impetu aut casu. L. 11 §. 2 D. de poenis (48. 19.)

Hier will nun die Carolina vermitteln. Entſchieden ſchließt ſie die ganz unverſchuldete Tödtung (ſo eyner eyn zimlich unverbotten Werk thut) von der Strafe aus; ſchon bei der culpoſen Tödtung iſt aber die Ausſchließung der ordentlichen Strafe als eine Art Barmherzigkeit angeſehen (Art. 146).

Dagegen läßt ſich nicht verkennen, daß wenn als Gegenſatz hiezu von „fürſetzlichem“ Todtſchlag geſprochen iſt, der Vorſatz nicht als animus occidendi im römiſchen Sinne, ſondern lediglich als Gegenſatz zur bloßen Culpa genommen iſt[32]).

---

[29]) Vrgl. Hommel's Vorrede zu der Fladen'ſchen Ueberſetzung von Beccaria, S. XXII. Sonnenfels, Grundſätze der Polizei, Handlung und Finanz I. Theil, §. 375 ff.

[30]) 4. Buch Moſe 35. 11 ff. Vrgl. c. 7. c. 10. X. de homicid. (5. 12.)

[31]) Köſtlin, Mord und Todſchlag I. S. 106. ff.

[32]) Gegen die Folgerung, welche im entgegengeſetzten Sinne Wächter aus den Worten „on genugſam Urſach“ im Art. 148 C. C. C. zieht, ſprechen ſich Abegg und Kaufmann aus, Archiv f. C. R. XIV., 102; 1836 II., S. 171 ff.; 1837, S. 87 ff. S. 449 ff.

Es wird also nicht gefordert, daß derjenige, der überhaupt nur böswillig den Andern angriff, dabei die Absicht hatte, letzteren zu tödten. Dagegen wird der hie und da schon vergessene Unterschied zwischen dem Mörder und „eyn ander, der eyn todtschlag (oder)[33]) aufs gehheyt und zorn gethan" wieder hervorgehoben und offenbar dabei auf den römischen Gegensatz von impetus und propositum weit mehr als auf den deutschen zwischen heimlich-hinterlistiger und offenbarer Vollbringung der That Rücksicht genommen.

Wie sollte nun das, was hier in Bezug auf den Willen des Thäters vorausgesetzt wird, mit dem animus occidendi des römischen Rechtes in Einklang gebracht werden? Die Doctrin fand als Auskunftsmittel den dolus indirectus; sie stützte sich dabei auf die bereits früher angeführten Stellen, dann besonders noch auf L. 1. Cod. ad Leg. Cornel. de sicariis (9. 16) und L. 38. §. 5 D. de poenis (48. 20) und führte die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag bald so aus, daß ersterer als homicidium ex proposito et praevia animi deliberatione commissum, letzterer als in rixa, ex calore iracundiae perpetratum, angesehen werde[34]), bald wieder darauf, daß ersterer immer directe Intention voraussetze[35]).

Fassen wir nun die verschiedenen Bedeutungen, welche im Laufe der Zeit dem dolus indirectus bald da, bald dort beigelegt wurden, zusammen, so ergeben sich folgende Fälle:

1. Es ist eine unbestimmte, allgemeine Absicht zu schaden vorhanden, wobei aus was immer für einem Grunde der Handelnde die Eventualität des Todes des Verletzten überhaupt gar nicht in Betracht zieht; — blos animus nocendi, vulnerandi — wobei also der animus occidendi nicht vorhanden ist (Carpzow).

2. Es ist die unbestimmte Absicht zu schaden (wie unter 1.) vorhanden, der Handelnde zieht aber auch die Eventualität des Todes des Verletzten in Erwägung; zwar ist er entschlossen, diesen nicht herbeizuführen; der Tod tritt indeß dennoch ein (besonders der Fall des Duells. Leyser.)

---

33) Das zweite Project der C. C. C. hatte abweichend vom ersten, so wie von der Bambergensis „unfürsetzlich oder aus gehheit," was (bezeichnend genug!) nicht durchdrang, wovon aber jenes oder aus Versehen stehen blieb.

34) Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts II. S. 211.

35) Böhmer, observ. selectae ad Carpzov. Observ. I. ad quaest. Nr. 13.

3. Der Handelnde hat eigentlich eine andere böſe Abſicht; er ſieht aber voraus, daß ſeine Handlung eben ſo leicht den Tod eines Menſchen zur Folge haben kann und läßt ſich hiedurch nicht beſtimmen, die That zu unterlaſſen; er willigt alſo eventuell ein (Nebtelblabt-Glänzer, Böhmer, Sodens einwilligende Schuld, Meiſter).

4. Im vorausgehenden Falle blieb man ſich abſichtlich die Rechenſchaft darüber ſchuldig, ob der Handelnde in den ſchlimmſten Erfolg wirklich eingewilligt habe, oder vielmehr, man erklärte in Anwendung der Wolff'ſchen Beweismethode das Gegentheil für undenkbar: Qui enim vult antecedens specifice, non potest nolle consequens, si est praevisum ac cognitum, quod vulgo sed abusive necessarium vocatur. Si enim nollet, contraria et quae commode simul consistere non possunt, vellet, quod non sanae sed emotae mentis est. — — Voluit necem specifice, etsi eventualiter voluisset[36]). Von dieſem logiſchen Poſtulat eventueller Einwilligung zu der Auffaſſung des dolus indirectus als einer bloßen Präſumtion des Dolus iſt nur ein Schritt; auch dieſer wurde früh genug gemacht[37]).

Alle dieſe verſchiedenen Auffaſſungen des dolus indirectus übten nun auf die wiſſenſchaftliche Behandlung der Tödtung fortwährenden Einfluß; immer war die Erörterung des Thatbeſtandes derſelben von der Stellung zum dolus indirectus abhängig. — Wir wollen zum Beleg einige der einflußreichſten Lehrer des gemeinen Rechts über dieſe Frage hören.

Fröhlich von Fröhlichsburg[38]), der ſich vorzugsweiſe an die italieniſchen Praktiker hält, legt auf die römiſche Unterſcheidung von propositum und impetus das Hauptgewicht, verlangt aber in jedem Falle die (directe) Abſicht zu tödten und wirft Carpzow vor, daß er culpa lata in dolus umwandle, indem er ſich mit indirecter Abſicht begnüge. Den Ausdruck Mord vermeidet er dabei, obwohl die tiroliſche Landesordnung, die er ſonſt fortwährend berückſichtigt, ihn gebraucht.

Koch[39]) ſpricht ſich über Dolus im Allgemeinen nicht aus, erklärt aber auch homicidium ex intentione indirecta commissum für dolosum. Als Erforderniſſe desſelben zählt er auf: a) homicidium ex facto

[36]) Böhmer, l. c. I. Observ. II. ad Nr. 62.

[37]) Vrgl. Jarcke, Handbuch des Strafrechts I. S. 196 ff. 197.

[38]) Commentarius in Kaiſer Karl V. und des Heil. Röm. Reiches P. G. O. Frankfurt und Leipzig 1741 II., 121 ff.

[39]) Institut. Jur. crim. (Edit. III.) 1770.

nostro sponte admisso per se esse sequutum, b) agentem animum nocendi habuisse, c) directe eum non intendisse mortem, d) ex facto vel non facto suo homicidium aeque facile sequi potuisse ad id quod directe intendit eumque hoc scivisse (§.439). Uebrigens erklärt er auch die meuchleriſche Tödtung für homicidium simplex und behandelt nur Tödtung eines Verwandten in gerader Linie oder aus Gewinnſucht als qualificirt (§§. 437, 438).

Meiſter[40]) verſteht unter dem zur Tödtung erforderlichen Vorſatz animum occidendi vel saltem nocendi, conjunctum tamen cum facto illicito et spontaneo, unde caedes hominis necessario secuta. Er nimmt daher diejenigen aus, welche Unerlaubtes thaten und dadurch per accidens und wider Erwarten den Tod eines Menſchen herbeigeführt haben. Uebrigens behandelt auch er nur die beſonders hervorgehobenen Fälle der Tödtung als homicidium qualificatum, wozu er aber auch den Meuchelmord (deliberato et ex mera protervia maxime per eas insidias quae praevideri et praecaveri facile non possunt) zählt.

Quiſtorp ſtellt directen und indirecten Vorſatz gleich; faßt aber die Frage ſchon mehr als Beweisfrage; es genügt nach ihm „wenn die böſliche Abſicht des Thäters, einem Andern widerrechtlich an ſeinem Körper Schaden zuzufügen, erwieſen iſt, und derſelbe den ganzen Erfolg ſeiner freiwillig unternommenen That, wo nicht wirklich vorhergeſehen, doch wenigſtens hätte vorherſehen können und müſſen[41])."

Renazzi[42]), in Bezug auf die Lehre vom Dolus unverkennbar ein Vorläufer Feuerbach's, kennt nur mehr eine Präſumtion des Dolus.

Vorſtehendes dürfte genügen, um zu zeigen, daß mit dem Worte dolus indirectus immer ſchwerer ein beſtimmter Begriff zu verbinden war, und daß die Unbeſtimmtheit in dieſem Punkt nothwendig immer die Lehre vom Thatbeſtand der Tödtung, insbeſondere die Abgrenzung des Todtſchlags gegen den Mord einerſeits und culpoſe Tödtung andrerſeits, ins Unklare bringen mußte. Sehen wir nun, wie ſich dieſen Schwierigkeiten gegenüber die öſterreichiſche Geſetzgebung verhält.

Der alte Unterſchied zwiſchen Mord und Todtſchlag war, als die Carolina erſchien, in Oeſterreich offenbar noch nicht verwiſcht. Die Gmundner L. G. Artikel Maximilians I. vom Jahre 1514 (revidirt

---

[40]) Principia jur crim. (III. ed.) Gött. 1767.

[41]) Grundſ. d. teutſchen peinl. Rechts. 2. Aufl. Roſtock u. Leipzig 1776, § 223.

[42]) Elem. jur. crim. I. lib. 1. c. p. 5. §. II. p. 177. IV. L. 4. c. 4. §. XIII. p. 205.

von Ferdinand I. am 12. Januar 1540) nennen neben dem, der Todtschlag' thut, den der „mit gifft oder ander gestallt ainen haimlichen Mort“ [43]). — Der Versuch der Tödtung wird dagegen ganz abgesondert behandelt. „Wo ainer ainem fürwart jn vermessentlich zu beschedigen oder jn also fürgewart beschedigt; (die Krainer L. G. O. schiebt hier noch ein: „und wer ainen mit Büchsen, Stäheln, Bleykugeln, Wurfhagken und andern dergleichen verpotten weeren nach seinem Leben stellt“).

Der Unterschied zwischen Mord und Todtschlag liegt hier also in der Heimlichkeit und Hinterlist, obgleich aus der letztangeführten Stelle zu sehen ist, daß wenigstens für den Versuch Prämeditation unerläßlich war.

Die L. G. O. Ferdinands III. gebraucht offenbar absichtlich das Wort Mord nur von den besonders hervorgehobenen qualificirten Tödtungen. Den Qualificationsgrund findet sie entweder in der nahen Verwandtschaft oder „in der dabei fürgehenden allzugroßen Boshaftigkeit.“ Sie stellt übrigens die biblische Regel vom Menschenblut an die Spitze, beschränkt sie aber durch den Beisatz „boßhafter weiß“ auf gewisse Fälle der Tödtung, denen sie diejenigen entgegenstellte, die unversehener Weise geschehen. Was aber soll unter dem Vorsatz, der hier gefordert wird, verstanden worden? — Ist damit animus occidendi oder bloß animus nocendi gemeint? Für Beides finden sich Anhaltspunkte. Es wird nämlich unter den Strafmilderungsgründen (die die Todesstrafe ausschließen), aufgeführt: „wann ein Todtschlag ohne boßhaften Fürsatz und wider des Thäters Willen geschieht.“ —

Allein dagegen ist wohl zu beachten, daß die rein culposen Tödtungen nicht unter den gänzlich straflosen Todtschlägen aufgezählt sind, daß also hier wohl nur diese gemeint seien; ferner, daß ebenso unter den Erschwerungsgründen, welche die Verschärfung der Todesstrafe herbeiführen, wieder der „leichtfertig boshafte Vorsatz“ angeführt wird. Den Ausschlag gibt aber wohl für die Meinung, daß animus nocendi genügt habe, §. 12 des LXII. Art., aus welchem klar hervorgeht, daß nicht für alle Todtschläge, sondern nur für die mit Vorbedacht unternommenen ein Versuch angenommen wird und daß hier allerdings, aber auch nur hier

[43]) Wörtlich ebenso in der L. G. O. für Krain v. 18. Februar 1535. Die Tirol. L. O. (deren 8. Buch aus der alten Malefizordnung hervorging) kennt denselben Unterschied. VIII. 16. 47.

vom Vorsatz „ainen um das Leben zu bringen“ gesprochen wird [44]). Man sieht also, daß zum Begriff des Todtschlags dolus indirectus im Sinne Carpzow's, genügte, daß nämlich nur die Absicht zu schaden und eine Handlung gefordert wird, welche, gleichviel ob mit oder wider Willen des Handelnden, den Tod herbeiführte. Dabei wird als der gemeine Fall des Todtschlags, in Uebereinstimmung mit der Carolina, der angesehen, der aus Jähheit oder Zorn geschieht.

Was in diesem Gesetz noch undeutlich ist, das spricht die Theresiana, die sich übrigens in der Regel den Wortlaut der L. G. O. Ferdinand III. aneignet, mit voller Bestimmtheit aus. Die casuelle Tödtung wird mit bestimmten Worten von der culposen gesondert und es werden die oben angeführten Worte der Ferdinandea „wider des Thäters Willen“ unverkennbar auf diese angewendet. Als Gegensatz der culposen Tödtung erscheint die „boshaftig mit Willen und gefährlichem Gemüth“ vollbrachte. Dieser letztere Begriff wird nun bestimmt erläutert. Es komme dabei weder auf Vorbedacht, noch darauf an, „daß der Todtschläger den Tod des Entleibten vorbedächtlich und eigens gewollet habe. Dann, wann auch die Entleibung von ungefähr aus Zorn und Gähheit entstände, so ist es schon genug an dem, daß der Entleiber entweder mit tödtlichen Waffen oder sonst was gegen seinen Gegner boshaft und gefährlicher Weise unternommen habe, *woraus gemeiniglich der Tod zu erfolgen pflegt oder leicht erfolgen kann*“ — womit auf die hier zuerst gegebenen allgemeinen Bestimmungen über dolus directus und indirectus verwiesen wird (Art. 83, §. 3). Vergleicht man nun diese letzteren Bestimmungen, so sieht man, daß sie nichts Anderes als eine Generalisirung der hier gesagten sind, wobei das Gesetz in der That den Fall der Tödtung auch wirklich zunächst vor Augen hat. Dabei läßt sich aber nicht verkennen, daß das Gesetz, welches den dolus specialis (im älteren Sinne) vor Augen hat (Art. 3, §. 1), sich mit dessen Gegensatz, dem animus no-

[44]) „Wann jemandt einen bösen Vorsatz hat, einen um das Leben zu bringen, daran aber durch andere verhindert wird, der soll mit einer extra-ordinari Straff belegt; da aber einer aus lang bedachtem Vorsatz jemand fürgewartet, denselben würklich angegriffen und seinerseits an Verbringung der Mordthat (also nur hier wird von Mord gesprochen!), nichts hätte erwinden lassen, obgleich der Todt des Angegriffenen hierauf nicht erfolgt, der solle nichts desto weniger mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode hingerichtet werden.“ — In allen anderen Fällen sind selbst tödtliche Wunden, „die ohne Todtschlag geschehen,“ d. h. den Tod nicht zur Folge haben, lediglich als Fälle der Verwundung zu behandeln. Das. §. 13.

cendi, nicht mehr genügen läßt und eben deshalb mehrere der früher erwähnten Auffassungen des dolus indirectus in einander bringt.

Insbesondere ist nicht zu verkennen, daß die Anschauung, der dolus indirectus sei eigentlich nur ein vermutheter dolus directus oder doch wenigstens eine vermuthete eventuelle Einwilligung, sich fast wider Willen hindurchdrängt. Es ist nämlich aus den bereits angeführten Worten des Art. 83, §. 3, aus Art. 3, §. 2 und dem daselbst angeführten Beispiel, dann daraus, daß im Art. 83, §. 13, wo vom Versuch die Rede ist, die indirecte Absicht noch bestimmter, als in der L. G. O. Ferdinand III. ausgeschlossen ist, bestimmt zu entnehmen, daß, sofern nur der Vorsatz, „Schaden zu thun," vorhanden ist, der Vorsatz „zu tödten" gar nicht erforderlich sei, daß das Vorhaben, lediglich zu verwunden, genüget; dennoch werden an der zuerst angeführten Stelle solche Erfordernisse mit aufgezählt, welche vermuthen lassen, daß eigentlich eventuelle Ergebung in den Tod des Angegriffenen erfordert werde. Dann aber heißt es weiter: „Wenn also die gemeine Entschuldigung fast eines jeden Todtschlägers, daß er den Entleibten nicht umbringen, sondern nur verwunden, oder ihm sonst einen dem Leben unschädlichen Streich habe beibringen wollen, oder nur schrecken wollen, insgemein für ungegründet und unstatthaft zu halten und ohne klaren Beweis oder gar augenscheinliche Wahrzeichen und Rechtsbehelfen zur Enthebung von der ausgesetzt ordentlichen Todesstrafe, nicht anzunehmen ist." Da wird nun denn doch wieder aus dem Ganzen eine bloße Präsumtion, die obenein auf einen Fall ausgedehnt wird, in welchem überhaupt ein boshafter Vorsatz gar nicht eingestanden ist[45]), was offenbar nicht beabsichtigt ist[46]).

Man sieht, wie hoch in jener Zeit die Verwirrung der Begriffe über den dolus indirectus gestiegen war; unmittelbar vor der Zeit jedoch, in welcher der Streit über denselben entbrennen sollte, ward das Strafgesetzbuch Josefs II. veröffentlicht. §. 3 dieses Gesetzbuches erkennt daher den dolus indirectus rückhaltlos an; mit der bekannten Präcision dieses Gesetzes wird die Deutung, als handle es sich um eine bloße Ver-

[45]) Freilich ist der Vorwand: Der Thäter habe den Verletzten nur schrecken wollen, nur von dem Falle zu verstehen, wo das Erschrecken durch eine leichte Verletzung bewirkt werden sollte. Offenbar hatte man nämlich den Fall, der nach Böhmer's Erzählung (a. a. O. S. 6) dem Haller Schöffenstuhl einst vorlag, vor Augen, wo eine feindselige Absicht nicht anzunehmen war und der Thäter (ein Soldat) behauptete, er habe im Scherz den Getödteten nur leicht in den Rücken stechen wollen, um ihn ein wenig zu erschrecken.

[46]) Vrgl. Hupka's Sätze über das peinliche Recht (Wien 1784) §. 5 Anmerk.

muthung des Vorsatzes oder um eventuelle Einwilligung, geradezu ausgeschlossen. Die Wortfassung ist im Wesentlichen übereinstimmend mit der von 1803, denn die hier weggelassenen Worte: „wenn zwar das wirklich erfolgte Uebel nicht eigens die Absicht der Handlung war,“[47]) sind theils nur eine Tautologie für „aus einer andern bösen Absicht,“ theils durch die Worte „welches dadurch entstanden ist“ ersetzt worden. Es gilt also Alles, was von der entsprechenden Gesetzesstelle aus dem Jahre 1803 früher gesagt wurde, auch vom Gesetze vom Jahre 1787[48]). Dennoch ist die Stellung hier eine ganz andere. Das Gesetzbuch vom Jahre 1787 kennt vor allem keine Todesstrafe (den Fall des Standrechtes ausgenommen); auch die früher übliche Verstümmelung ist weggefallen. Wie vielfach daher auch die anderen Hauptstrafen abgestuft erscheinen; in der That gibt es doch nur eine Strafe — Freiheitsstrafe. Eben darum, weil die Strafe eines Verbrechens von der eines anderen immer nur dem Grade, nie dem Wesen nach verschieden sein kann, eben darum hören manche früher einflußreiche Umstände auf, wichtig zu sein. Deshalb sehen wir den alten Unterschied zwischen Mord und Todtschlag gänzlich entfallen, indem alle Fälle doloser (d. h. nicht rein culposer) Tödtung nunmehr unter dem Namen Mord zusammengefaßt werden. — Der Begriff des letzteren ist aber (§. 90) so festgestellt, daß zwar das Objective der That sehr genau (und offenbar zu eng) bestimmt wird, über die Willensrichtung aber gar nichts gesagt ist, so daß die allgemeine Vorschrift der §§. 2 und 3 allein maßgebend sein konnte. Nur jener Fall, den die älteren Gesetze immer besonders erwähnten und unzweifelhaft vom Mord ausschieden (aus Zorn, Uebereilung und Gähheit) ist noch ausdrücklich (§. 95) erwähnt, aber eben nur, um den Begriff des Mordes auch für ihn festzuhalten, obgleich Strafmilderung zugelassen wird[49]).

In gleicher Weise finden die §§. 2 und 3 unmittelbar auf die Brandstiftung Anwendung, weil nach der Begriffsbestimmung die vorsätzliche Unternehmung einer Handlung, wodurch Feuer entstehen kann, genügt; jedoch ist hier der gar zu weiten Ausdehnung des Begriffes da-

[47]) In der von Birnbaum (Arch. f. C. R. 1837, S. 492) mitgetheilten Uebersetzung f. d. österr. Niederlande heißt es: quoique le delinquant n'eut pas particulièrement prémédité le crime.

[48]) Vrgl. Sonnleithner, Anm. zum neuen Josephin. Criminalgesetz (Wien 1787). S. 8 ff.

[49]) Eine culpose Tödtung kann nach §. 22 des Gesetzes über politische Verbrechen v. J. 1817 nur an Kindern und solchen Menschen, die sich gegen die Gefahr selbst nicht schützen können, begangen werden.

durch eine Grenze geſetzt, daß auch die Endabſicht, welche in der Regel nur durch wirklichen Ausbruch eines Brandes erreicht wird, näher beſtimmt wird (§. 170).

Auch noch in anderer Weiſe wird überdies der Gleichſtellung von directem und indirectem Vorſatz dadurch eine Schranke geſetzt, daß die Begriffsbeſtimmung vieler Verbrechen letzteren geradezu ausſchließt (z. B. des Zweikampfes, der Nothzucht, der Verleumdung).

Das weſtgaliziſche Geſetzbuch nähert ſich, obgleich es auf gemeine Verbrechen noch nicht die Todesſtrafe ſetzt, doch bezüglich der Tödtung mehr dem älteren Syſteme. Es behält zwar den Mord für alle Arten der Tödtung bei, es ſondert aber die letzteren ſchärfer von einander und unterſcheidet offenbar nach der Analogie der älteren Doctrin gemeinen und qualificirten Mord. Es muß aber noch weiter gehen; mitten unter dem Kampf über den dolus indirectus entworfen, läßt es zwar die Begriffsbeſtimmung des letzteren (im Weſentlichen) unverändert (§. 7); allein es entzieht ihr für den wichtigſten Fall die dispoſitive Bedeutung. Während nämlich die gemeinrechtliche Doctrin die Grenze zwiſchen den verſchiedenen Arten der Tödtung im Sinne des römiſchen und franzöſiſchen Rechtes (durch den Gegenſatz von Vorbedacht und Affect) zog, hält es die altgermaniſchen Traditionen der öſterreichiſchen Geſetzgebung bezüglich des gemeinen Mordes (Todtſchlags) aufrecht. Es genügt alſo zum Thatbeſtand des Mordes die Abſicht, einen Menſchen zu beſchädigen; es wird jedoch bezüglich der Strafe des gemeinen Mordes auf den Unterſchied zwiſchen dolus directus (Entſchluß zu tödten) und indirectus (ohne Abſicht zu tödten, jedoch vorſätzlich) hingewieſen (§. 121). Dieſes Syſtem findet ſeine Fortſetzung im Hauptſtücke von der Verwundung, wo ebenfalls dolus indirectus als genügend bezeichnet wird, während derſelbe bei der Brandlegung ganz ausgeſchieden wird.

Das Geſetz von 1803 fällt in die Zeit, wo der Name des dolus indirectus den Angriffen einer ebenſo energiſch als geiſtreich geführten Polemik, im Grunde aber doch nur der Unklarheit der mit ihm verbundenen Begriffe und der dadurch entſtandenen Sprachverwirrung erlegen war; was die Sache ſelbſt betrifft, ſo hatte manche Conſequenz der älteren Anſichten ſich im Munde der Gegner ſelbſt erhalten, wie neuerlich erſt Krug nachgewieſen hat; manches wieder gelangte als dolus indeterminatus einerſeits, als praesumtio doli andrerſeits zu neuen Ehren. Das Geſetz konnte unmöglich in dieſe Verwirrung ſich mit hineinziehen

lassen. Auf der anderen Seite war an die gänzliche Ausschließung der indirecten Intention nicht wohl zu denken. Es wurde auf die schwerste Art der Tödtung wieder die Todesstrafe gesetzt; es gab also auch für Privatverbrechen wieder zwei wahre Strafarten; es war um so wichtiger, die Grenzlinien zwischen denselben scharf zu marquiren. Was begrifflich bereits im westgalizischen Strafgesetzbuche geschehen war, erhielt nun durch die Wiedereinführung des Wortes „Todtschlag" auch eine dem Volke zugängliche Benennung. — Dabei wird jetzt erst, wo die Todesstrafe einen Anhaltspunkt gewährt, der hiebei leitende Grundgedanke des Gesetzes erkennbar, daß nämlich unter besonders schweren Umständen ein nicht beabsichtigter Erfolg dann zugerechnet werden soll, wenn der Thäter wissentlich in re illicita begriffen war. (Vergl. C. C. C. Art. 146.) Das ist die Grundvoraussetzung, von welcher es abhängt, ob die Todesstrafe (als Strafe des Mordes, der beabsichtigten und bewirkten Tödtung) auf Fälle der nicht beabsichtigten aber ausgeführten Tödtung angewendet werden soll. Dies geschieht beim Todtschlag, wenn er bei Unternehmung eines Raubes vollbracht wurde (§. 123) und bei der Brandlegung, wenn dadurch ein Mensch getödtet wurde.

In ähnlicher Weise wird die nicht beabsichtigte Herbeiführung einer Feuersgefahr für fremdes Eigenthum der beabsichtigten gleich gestellt, sobald die zunächst beabsichtigte Handlung (die Anzündung des Eigenthums des Thäters) als res illicita sich darstellt. — In andern ganz ähnlichen Fällen wieder läßt das Gesetz sich von diesem Grundsatz nicht beherrschen, wie z. B. bei der Kindesaussetzung, bei der Nothzucht, wenn diese Handlungen den Tod herbeiführen.

Diese letzteren Fälle beweisen nun aber deutlich genug, daß das Gesetz jenen Grundsatz nicht als allgemein giltig hinstellen wollte und gleichviel ob derselbe im einzelnen Fall ausdrücklich angewendet oder ausgeschlossen wird, läßt sich nicht verkennen, daß die allgemeine Disposition des §. 1 nicht unmittelbar zur Geltung gelangen sollte, daß das Gesetz in den Fällen, in denen dies geschehen soll, die Anwendung selbst durchführt, daß jene Stelle nichts ist als die Generalisirung dieser einzelnen Fälle.

Warum hätte also jene allgemeine Bestimmung im Gesetz vom Jahre 1803 noch Aufnahme gefunden?

Ein ausreichender Grund dafür liegt schon darin, daß das Gesetz vom Jahre 1803 nicht ganz neu sondern eine Revision des Gesetzes vom

Jahre 1787 war. In dieſem hatte die betreffende Regel, wie gezeigt, Raum, wenn gleich nicht unbedingte Geltung gefunden; ſie unmittelbar nach dem großen Streit über den dolus indirectus hinweggelaſſen, hätte offenbar zu dem Mißverſtändniß führen müſſen, daß das Geſetz überhaupt den letzteren nirgend mehr anerkenne.

Dazu kommt aber noch, daß der Satz als Darlegung der Motive, welche das Geſetz in den früher erwähnten Fällen (Todtſchlag, ſchwere Beſchädigung, Brandlegung) beſtimmen, paſſend, ja ſelbſt unentbehrlich blieb.

Wurde nämlich mit beſonderem Nachdruck hervorgehoben, daß ein Verbrechen nicht anders als mit böſem Vorſatz begangen werden könne, ſo mußte doch zu gleicher Zeit naheliegenden Mißdeutungen begegnet werden, welche dahin führen würden, die in jenen Fällen getroffenen Verfügungen entweder für inconſequent zu erklären oder durch einſchränkende Auslegung zur Wahrung dieſer Conſequenz zu ſchwächen. Mehr und mehr machte ſich nämlich die Meinung geltend, daß der böſe Vorſatz nichts anderes ſei, als voluntas delinquendi, daß alſo der Thäter die That nicht bloß im Allgemeinen, ſondern in Allen jenen einzelnen Momenten, wodurch ſie eben zu dieſem Delict wird, gewollt haben muß. So weit geht nun das Zugeſtändniß, welches das Geſetz vom Jahre 1803 dem ſubjectiven Standpunkte machte, nicht. Die Gefahr für die öffentliche Sicherheit, welche in der That liegt, iſt demſelben offenbar doch das Nächſte und Wichtigſte (Einl. §. 1.) Werden daher als Verbrechen jene Handlungen und Unterlaſſungen bezeichnet, „bei welchen die Abſicht eigens auf dasjenige gerichtet iſt, was die Sicherheit im gemeinen Weſen verletzt;“ ſo wird das Gefährliche, die Verletzung der Sicherheit, als Merkmal der That, unabhängig von der Abſicht bezeichnet. Es erſchien ſomit als eine paſſende Fortführung dieſes Gedankens, wenn im §. 1 darauf aufmerkſam gemacht wurde, daß böſer Vorſatz (das Merkmal des Verbrechens) auch dann vorhanden ſein könne, wenn in an ſich ſchon böſer Abſicht eine That unternommen wird, aus welcher ein anderes (nicht beabſichtigtes) Uebel leicht entſtehen kann. Auch hier iſt die Abſicht des Thäters auf Verübung einer an ſich ſtrafbaren Handlung unter beſonders gefährlichen Umſtänden, alſo eigens auf etwas gerichtet, das, ſind nur die Umſtände gefährlich, die Sicherheit im gemeinen Weſen verletzt.

Aber ſo wie ſchon im §. 2 der Einleitung Alles von der Beſchaffenheit der Umſtände abhängig gemacht wird; ſo kann offenbar das Geſetz

nicht in dieſem beſonders bedenklichen Falle, von den Umſtänden abſehend, eine allgemeine Regel haben geben wollen. Wir ſehen vielmehr in dem §. 1 nur die Zuſammenſtellung aller der Bedingungen, unter welchen das Geſetz in einzelnen Fällen ſich veranlaßt ſah, das Erforderniß des directen Vorſatzes zu beſeitigen.

Die früher erwähnte Unbeſtimmtheit des Ausdrucks dieſer Geſetzesſtelle konnte nunmehr kein Bedenken erregen, weil in den einzelnen Fällen, von denen die Regel gilt, das Geſetz ſchon hinlänglich präciſirt wird; (ſo tritt z. B. beim Todtſchlag an die Stelle des Ausdruckes „andere böſe Abſicht" der: „feindſelige Abſicht"). Daraus folgt denn aber freilich, daß nicht die Erforderniſſe der einzelnen Fälle nach dem allgemeinen Satz des §. 1 beſtimmt werden können, ſondern umgekehrt letzterer durch die Erkenntniß der erſteren zu ergänzen iſt.

Mit all' dem glauben wir dargethan zu haben:

1. Im §. 1 des St.-G. iſt nicht eine bloße Beweisregel aufgeſtellt, ſondern von gewiſſen Fällen die Rede, in welchen böſer Vorſatz angenommen wird, obgleich das mit dem Verbrechen verbundene Uebel wirklich nicht geradezu bedacht und beſchloſſen wurde.

2. Alle dieſe Fälle kommen darin überein: daß ein nicht beabſichtigter Erfolg durch eine in anderer böſer Abſicht unternommene Handlung wirklich herbeigeführt wird, und daß dieſe Handlung eine ſolche iſt, aus welcher jener Erfolg gemeiniglich entſteht oder leicht entſtehen kann. — Sie haben aber auch noch jeder ſein Eigenthümliches. —

3. Nur in jenen Fällen, in welchen dieß im Geſetz deutlich und insbeſondere erſichtlich gemacht iſt, genügt zum Thatbeſtand eines Verbrechens dieſe minder entſchiedene Willensbeſtimmung, welche einem Theil der früher mit dem Ausdruck dolus indirectus verbundenen Vorſtellungen entſpricht.

4. Dieſe Fälle ausgenommen, kann von einem Verbrechen nur die Rede ſein, wenn das mit demſelben verbundene Uebel vom Thäter (geradezu) bedacht und beſchloſſen wurde.

V.

Zur Lehre vom Dolus des Anſtifters.

Zur Lehre vom Dolus des Anſtifters.

(„Gerichtsſaal“ 1858.)

Die Betheiligung mehrerer Perſonen an einem Verbrechen und alſo auch die Anſtiftung zum Verbrechen wird der Natur der Sache nach ihren Platz im Syſtem da finden, wo von dem objectiven Moment der Handlung geſprochen wird. Es iſt alſo leicht genug zu erklären, daß die von Tag zu Tag mehr anſchwellende Literatur über dieſe Lehre ſich doch nur mit der Feſtſtellung der Begriffe, alſo mit allen dem beſchäftigt, was das gegenſeitige Verhältniß der verſchiedenen an einem Verbrechen Betheiligten betrifft, im übrigen aber ſich auf Unterſuchungen über die Natur des ſtrafbaren Verhaltens der Einzelnen nicht weiter einläßt. Das geſchieht ſelbſt bei Solchen, welche, dem immer deutlicher werdenden Zug der deutſchen Geſetzgebung oder ihrer eigenen Anſchauung des Verhältniſſes folgend, geneigt ſind, mehr oder weniger beſtimmt die Anſtiftung als ein delictum sui generis zu behandeln. Selbſt das gerade in dieſer Lehre ſo erfolgreich von Berner und Köſtlin zur Geltung gebrachte Uebergewicht des ſubjectiven Momentes, ſelbſt die große Verbreitung der Anſicht, daß nicht durch das äußere Verhalten, ſondern durch die Verſchiedenheit der Willensrichtung der Unterſchied zwiſchen der Urheberſchaft und der Beihilfe begründet werde, hat zwar bewirkt, daß über den Dolus des Urhebers und den der Theilnehmer eingehende Unterſuchungen angeſtellt wurden, aber doch wurden dieſe nur ſo weit geführt, als nöthig war, um jene Grenzlinien zu ziehen.

Aber ohne der Grundanſchauung zu nahe zu treten, daß die Strafbarkeit des Anſtifters eine acceſſoriſche ſei, wird man doch auf der anderen Seite zugeben müſſen, daß wenn jemand durch Betheiligung an einem Verbrechen ſelbſt eines Verbrechens ſchuldig werden ſoll, wenigſtens das Vorhandenſein der allgemeinen Bedingungen ſtrafbaren Handelns auch bei ihm nachzuweiſen ſein müſſe. So angeſehen, wird es nicht überflüſſig ſcheinen, einige Betrachtungen über den Dolus des Anſtifters

anzustellen, und der Sache wohl nur förderlich sein, wenn man sich dabei bemüht, so viel nur irgend möglich, das eigentliche Feld unserer zahllosen Controversen in dieser Lehre zu vermeiden, und sich an das zu halten, was noch als allgemein zugegeben angesehen werden darf.

Die verbrecherische Thätigkeit des Anstifters besteht aber zugestandenermaßen darin, daß er einem Anderen den Entschluß zur Verübung eines Verbrechens einflößt und dadurch an diesem letzteren sich betheiligt, darin also, daß er zu der Ursache jenes factischen Zustandes, dessen Herbeiführung eben das Verbrechen begründet — zu der freien Thätigkeit des unmittelbaren Thäters — in einem Verhältniß steht, welches allerdings von der eigentlichen Causalität verschieden, ihr aber doch so verwandt ist, daß man es ihr, ohne mit den Vorstellungen und Bedürfnissen des Lebens in Conflict zu gerathen, ruhig gleichstellen kann. Allerdings liegt nämlich der Entschluß eines Menschen nicht in dem Sinne in unserer Gewalt, in welchem die Herbeiführung oder Nichtherbeiführung einer physischen Veränderung von unserer Kraft und von der Wirksamkeit bekannter Gesetze abhängt; allein auch für den eigentlichen Causalnexus wird nicht eine solche Ursache gefordert, welche für sich allein, ohne begünstigender Nebenumstände zu bedürfen, und ohne durch hindernde vereitelt werden zu können, unvermeidlich einen bestimmten Erfolg herbeiführt; — es genügt, daß der Erfolg, so wie er eingetreten ist, auf jene Ursache zurückzuführen und nur durch sie zu erklären sei. In diesem Sinne kann man aber gewiß auch davon sprechen, daß der Entschluß des Einen durch die psychische Einwirkung des Anderen verursacht worden ist.

Auf diese Weise vermittelt also die Einwirkung auf den Willen des Thäters den Zusammenhang zwischen dem Anstifter und dem dem Begriff des Verbrechens entsprechenden objectiven Thatbestand. Und dieser Zusammenhang, diese Ableitung des verbrecherischen Erfolges aus Willen und That des Anstifters, wenn gleich nicht blos daraus, hat zu allen Zeiten allein die Bestrafung des Anstifters gerechtfertigt. Die Anstiftung ist also strafbar, weil sie als Hinwirkung auf die Ausführung eines bestimmten Verbrechens erscheint; dieselbe Thätigkeit, ohne Zusammenhang mit einem concreten Verbrechen, mit einer wirklichen Verletzung eines durch das Strafgesetz geschützten Objectes gedacht, müßte straflos bleiben. Daran wird selbst dadurch nichts geändert, daß man selbst die erfolglos gebliebene Anstiftung noch bestraft; denn wenn

die Gesetzgebung darin nicht eine isolirte, nicht über den klaren Wortlaut der Verfügung hinauswirkende Ausnahmsbestimmung treffen will, muß sie eine solche Anordnung mit dem Versuch in Zusammenhang bringen, wie dies auch in der gemeinrechtlichen Literatur und Praxis von Jenen geschieht, welche die Anstiftung auch dann bestraft wissen wollen, wenn sie nicht zu einem strafbaren Verhalten desjenigen, welcher angestiftet werden sollte, geführt hat. Es geschieht also (gleichviel ob mit richtiger Auffassung oder Verkennung der wahren Natur der Sache) doch nur dasselbe wie beim unmittelbaren Thäter, welcher zwar für den Versuch gestraft wird, aber doch nur deßhalb, weil er sich zu dem Erfolg in eine factische Beziehung gesetzt hat und weil er ihn dadurch herbeiführen wollte.

Das Verhältniß, welches zwischen dem Anstifter und dem Angestifteten entsteht, kann für sich allein, nämlich ohne Beziehung auf das zu vollendende Verbrechen gedacht, nicht Gegenstand strafrechtlicher Behandlung sein; die geistige Einwirkung eines Menschen auf einen anderen kann für sich allein nicht gestraft werden, so lange sie nicht als Hinwirkung auf ein zu verübendes Verbrechen sich darstellt.

Hält man daran fest, so ist leicht zu erkennen, daß der Dolus des Anstifters Beides, die Beziehung zum Thäter und die zu dessen That selbst, enthalten muß. Der Anstifter muß wollen, daß ein Verbrechen verübt werde, und zwar, daß es von dieser bestimmten Person in Folge seiner Einwirkung verübt werde; ganz so wie der unmittelbare Thäter nicht, blos will, daß der dem Begriff des Verbrechens entsprechende äußerliche Zustand eintrete, sondern daß er in Folge seiner Thätigkeit eintrete.

Der Anstifter muß also wollen, daß der unmittelbare Thäter jenen Entschluß fasse, welcher vorhanden sein muß, damit von doloser Verübung gerade dieses Verbrechens gesprochen werden könne. Daraus folgt der bekannte Satz, daß derjenige nicht als Anstifter angesehen werden kann, welcher einem Anderen zwar zur Verübung der That, aber nicht dazu bestimmen wollte, den diesem Verbrechen eigenthümlichen Dolus in sich aufzunehmen. Der Satz gilt aber nicht blos von jenem gewöhnlich angeführten Falle, in welchem sich der Verleiter der Irreführung des Thäters schuldig macht, und so durch diesen einen Erfolg fördern läßt, den er nicht übersieht und auf den er daher auch seinen Willen nicht gerichtet hat; — er gilt ganz sicher auch für jene Fälle, in

welchen der Thäter nicht von dem Motiv in Bewegung gesetzt wird, sich selbst nicht jenen Endzweck setzt, welchen nach dem Begriff dieses speciellen Verbrechens der Thäter sich setzen muß — wo es also ausnahmsweise nicht genug ist, daß der Thäter einen gewissen Zustand herbeiführen will, sondern einen bestimmten persönlichen Antheil daran zu nehmen hat — wie beim Diebstahl, der Entführung. In diesen Fällen wird bekanntlich der Verleiter als unmittelbarer Thäter behandelt, der Verleitete bleibt entweder ganz straflos, wenn ihm jeder Dolus fehlte, oder er ist Gehilfe, wenn ihm das dem Verbrechen eigenthümliche Motiv fehlte. Luden bezeichnet freilich denjenigen, der einen Anderen in Irrthum führt und ihn dadurch zur Förderung eines von ihm nicht gewollten Verbrechens bestimmt, als intellectuellen Urheber; allein darin liegt blos eine nominelle Verschiedenheit, weil Luden eben nur in diesem Falle intellectuelle Urheberschaft, in den eigentlichen Fällen der Anstiftung aber intellectuelle Theilnahme annimmt.

Der Anstifter muß aber auch wollen, daß der Angestiftete die That wirklich ausführe, daß also das Verbrechen wirklich gesetzt werde. Sein Wille muß also den ganzen objectiven Thatbestand des Verbrechens ganz so umfassen, wie der des unmittelbaren Thäters, nur mit dem einen Unterschiede, daß der letztere ihn als durch seine Thätigkeit gesetzt denkt und will, der Anstifter ihn aber eben durch einen Anderen, der unter seinem Einfluß handelt, gesetzt denkt und will.

Damit betritt unsere Untersuchung einen Boden, auf welchem sich zwei große Controversen bewegen, die nämlich, welche sich auf die Feststellung der verschiedenen Arten des Dolus und auf die Abgrenzung der Urheberschaft von der Beihilfe beziehen. Die Vertheidigung und eingehende Ausführung der dem folgenden zu Grunde gelegten Ansicht sei für eine passendere Gelegenheit vorbehalten; hier wird es genügen, sie in ihren allgemeinsten Umrissen darzulegen.

Das Verbrechen ist die absichtliche Verletzung eines unter dem besonderen Schutze der öffentlichen Rechtsordnung stehenden Objects, und eben dadurch eine Störung dieser Rechtsordnung selbst. An das Eintreten gewisser factischer Momente ist eine solche, bald materielle, bald ideelle Verletzung derart geknüpft, daß die Herbeiführung jenes Zustandes eben die Verletzung begründet. Das Object selbst ist im Gesetz fast nie ausdrücklich bezeichnet; dieses begnügt sich, indem es den objectiven Thatbestand beschreibt, jene Umstände zu bezeichnen, deren Eintreten

die Verletzung jenes Objectes oder — wie sich das österreichische Gesetz treffend ausdrückt — das mit dem Verbrechen verbundene Uebel begründet. Diese Umstände sollen also nicht durch menschliche Thätigkeit gesetzt werden; dies ist der Inhalt jedes Strafgesetzes. Und wird dieses also dadurch übertreten, daß ein Mensch jene dennoch herbeiführt, so kann die verbrecherische Absicht nichts sein, als der Wille, daß sie eintreten und zwar als das Ergebniß meiner Thätigkeit eintreten.

In dieser Beziehung muß nun unverkennbar dem Entschluß, d. i. jenem letzten inneren Impuls, welchem der Körper unmittelbar folgt, ein psychischer Proceß vorangehen, den man (mit Berner) Berathung nennen könnte, wenn sich an das Wort nicht unwillkürlich die Vorstellung knüpfte, daß solches in Ruhe und Muße vor sich geht. Wie rasch aber auch immer ein Entschluß gefaßt wird, müssen wir, wenn von Dolus die Rede sein soll, doch verlangen, daß der Handelnde sich zu dem, was den objectiven Thatbestand des Verbrechens ausmacht, innerlich in eine gewisse Beziehung gebracht hat. Und zwar wird dies in einem doppelten Sinne geschehen. Die That mit ihren zum objectiven Thatbestand gehörigen Folgen muß dem Handelnden vor Augen stehen; er sieht sie voraus. Nur wird dieses Voraussehen nicht immer in der gleichen Weise stattfinden; er wird nämlich, wenn er das, wozu er zunächst sich bestimmen muß, erwägt, die das Verbrechen begründende Verletzung bald mehr, bald weniger bestimmt als daraus entspringend erkennen. So vielfach nun auch die Abstufungen sind, welche in dieser Hinsicht vorkommen können, kann man doch, ohne sich dem Vorwurf der Willkürlichkeit auszusetzen, ziemlich scharf drei Fälle von einander unterscheiden. Der eine ist der, wo der Handelnde diesen Zusammenhang geradezu nicht als eintretend sich vorstellt; sei es, weil diese Ideenassociation überhaupt sich nicht bildet oder, weil er fest davon überzeugt ist, daß der Zusammenhang hier nicht stattfinden werde. (Das ist z. B. der Fall bei einem Arzt, der ein gewisses Mittel anwendet, und dabei entweder gar nicht daran denkt, daß es seinen Patienten tödten könnte, oder doch bestimmt erwartet, daß dies nicht geschehen werde.) — Auf dem entgegengesetzten Ende steht der Fall, wo der Handelnde sich den Zusammenhang bestimmt vorstellt, d. h. wo er erwartet, daß sein Verhalten in der That jene factischen Verhältnisse herbeiführen werde, welche den objectiven Thatbestand des Verbrechens begründen. Dieses Erwarten schließt, wie ich glaube, die Vorstellung von der Möglich-

keit eines anderen Verlaufes der Sache nicht aus, genug, daß diese Vorstellung nicht das Uebergewicht gewinnt, und einen Zustand des Zweifels herbeiführt. Der Jäger (um bei dem so oft gebrauchten Beispiele zu bleiben), welcher das Wild vor dem Schuß in's Auge faßt, weiß recht gut, daß er es möglicherweise verfehlen kann; allein er erwartet bestimmt, es zu treffen, er zweifelt nicht daran. — Der Wüstling, der ein sehr junges Mädchen bestimmt, sich ihm hinzugeben, weiß wohl, daß mitunter die körperliche Entwicklung eine sehr langsame sei, und daß möglicherweise das Mädchen, das wie ein dreizehnjähriges aussieht, doch wohl schon siebzehn alt sein könne; alleine, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten, wird diese bloße Möglichkeit nicht weiter beachtet werden und an der Bestimmtheit seiner Ueberzeugung, daß er im Begriff sei, den objectiven Thatbestand eines stuprum nec voluntarium zu setzen, nichts ändern.

Zwischen diesen beiden Extremen liegt nun der Fall, wo der Handelnde weder auf das Eintreten noch auf das Ausbleiben des Ereignisses bestimmt rechnet; sondern darüber in Zweifel ist, so also, daß ihm das Eintreten nicht einmal überwiegend wahrscheinlich ist.

Die Ereignisse, welche der Handelnde auf diese Weise voraussieht, rufen in ihm aber auch noch einen anderen Ausspruch hervor, als der sich auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens bezieht. Es wird nämlich für ihn mit der Vorstellung des Eintretens eines gewissen Zustandes ein Gefühl der Lust oder Unlust, der Befriedigung oder Unzufriedenheit verbunden sein; er wird wünschen, daß das Ereigniß eintrete, oder er wird es nicht wünschen, oder er wird, zwischen dem einen und dem anderen schwankend, sich gleichgiltig dagegen verhalten. Der bloße Wunsch, daß ein Ereigniß eintrete, kommt nun strafrechtlich nicht in Betracht, der Wunsch aber, daß es als Folge unseres eigenen Verhaltens eintrete, begründet die Richtung des Willens auf dasselbe.

Nur wo dieser Wille vorhanden ist, kann von Dolus gesprochen werden; da aber, wo er vorhanden ist, ist es immer eine und dieselbe Art des Dolus. Vorhanden ist er aber offenbar:

1. Wenn wir das Eintreten des Ereignisses wünschen, gleichviel, ob das Eintreten desselben als Folge unserer Thätigkeit bestimmt vorausgesehen wird oder nicht. Der Schütze, der nach der Scheibe zielt, mag z B. den gerechtesten Anlaß haben, den Erfolg seines Unternehmens zu

bezweifeln, er hat nichtsdestoweniger treffen wollen; das Treffen sah er freilich nicht bestimmt voraus, es war ihm sogar unwahrscheinlich; allein er sah doch immer eine Möglichkeit, zu treffen, und eben um dieser Möglichkeit willen hat er geschossen, zu treffen versucht.

2. Wenn wir uns zwar gegen das Ereigniß selbst gleichgiltig verhalten, aber nichtsdestoweniger mit Bestimmtheit das Eintreten desselben als Folge unseres Verhaltens erwarten. Die Gleichgiltigkeit gegen das Ereigniß ist nämlich in diesem Fall in der That nur eine scheinbare; wir wünschen nämlich auf das Bestimmteste dasjenige, was, wie wir ebenfalls bestimmt einsehen, jenes Ereigniß herbeiführt.

Die übrigen Fälle (Combination der Gleichgiltigkeit oder des entschiedenen Nichtwollens mit Zweifelhaftigkeit des Eintretens oder bestimmter Erwartung des Nichteintretens) gehören theils in das Gebiet der Culpa, theils in das völliger Schuldlosigkeit. Wendet man Vorstehendes auf die Anstiftung an, dabei festhaltend, daß es keine culpose Anstiftung im Sinne des deutschen Strafrechts gebe; so zeigt sich, daß Anstiftung nur da vorhanden sei, wo jemand bestimmt vorhergesehen hat, daß sein Benehmen, durch Einwirkung auf den Willen eines Anderen, zur Verübung eines Verbrechens führen werde; oder wo ihm dies zwar nur als möglich erscheint, eben deßhalb aber gerade dieses Benehmen eingehalten wird. Der Dolus des Anstifters kommt also mit dem des unmittelbaren Thäters insofern überein, als beide wollen, daß die Verletzung des durch das Strafgesetz geschützten Objectes erfolge; nur will dieser sie unmittelbar herbeiführen, während jener will, daß sie das Resultat der von ihm veranlaßten Thätigkeit eines Anderen sei.

Legt man nur auf das erstere Gewicht, so will der Anstifter immer das Verbrechen als sein eigenes; sieht man auf das letztere, so ist dies nie der Fall; man müßte denn auf dasjenige Rücksicht nehmen wollen, was anerkanntermaßen beim allein handelnden Thäter in der Regel unberücksichtigt bleibt, — auf das Motiv, darauf also, ob jemand das Verbrechen im eigenen oder im fremden Interesse will. Der Diener, welcher in blinder Treue aus eigener Anregung den Feind seines Herrn tödtet, steht ganz demjenigen gleich, der seinen eigenen Feind erschlägt. Warum sollte der, welcher einen Anderen bestimmt, sich durch Mord seines Feindes zu entledigen, anders behandelt werden, als der, welcher seinen eigenen Feind durch eine ihm zur Verfügung stehende Hand tödten läßt? Und wie dann, wenn Anstifter und Angestifteter jeder ein selbst-

ständiges Motiv haben; wenn z. B. jemand gegen seine Nebenbuhler die Habgier der Erben des letzteren bewaffnet u. dgl.?

Wie wichtig es also auch für die Unterscheidung zwischen physischem Urheber und Gehilfen sein mag, zu untersuchen, ob der Handelnde selbst das Verbrechen begehen oder nur ein fremdes fördern wollte: eine Unterscheidung zwischen intellectueller Urheberschaft und intellectueller Beihilfe läßt sich, wie ich glaube, nicht darauf gründen, daß „der Anstifter das Verbrechen nur als ein fremdes (als das des Angestifteten) wollte." — Die Fälle, in welchen nach Berner (Lehrbuch des deutschen Strafrechtes §. 110) diese Unterscheidung besonders wichtig sein soll, kann man, nach Obigem, unbedenklich als Fälle der intellectuellen Urheberschaft behandeln. Der Dolus des Urhebers besteht darin, daß er will, es solle diese bestimmte, durch das Strafgesetz verbotene Verletzung zugefügt werden und zwar durch einen Anderen zugefügt werden; die äußere Thätigkeit besteht aber nur in der Einwirkung auf diesen Anderen. Ist also das Object des Delictes so beschaffen, daß es nur von gewissen Personen verletzt werden kann, so sind zwar alle Anderen unfähig, des Delictes als Thäter schuldig zu werden (wie beim Incest, den Amts- und militärischen Verbrechen); warum aber sollte nicht jeder Andere, wenn er nur dem Strafgesetz unterworfen und fähig ist, eine jener Personen anzustiften, als intellectueller Urheber angesehen werden dürfen? Warum sollte z. B. eine Frauensperson nicht intellectuelle Urheberin einer Nothzucht oder Entführung, ein Eidesunfähiger nicht intellectueller Urheber eines Meineids sein können, da ja mit der Bezeichnung als intellectueller Urheber schon deutlich genug gesagt ist, daß die Verletzung unmittelbar von einem Anderen zugefügt werde? — Oder machen sich jene Anstifter nicht eben so eines Angriffes gegen die öffentliche Sittlichkeit, gegen die Amts- und militärischen Einrichtungen des Staates, gegen die Geschlechtsehre dieser bestimmten Person, gegen die Heiligkeit des Eides schuldig, wie der Anstifter zum Mord einen Angriff auf das Leben eines Anderen unternimmt? — Und sollen jene Objecte nicht gegen den Angriff eines Jeden geschützt werden? — Freilich muß aber — und das ist wohl das Wahre an jener Unterscheidung — ein Unterschied dann gelten, wenn die Handlung des Angestifteten gar nicht durch ein allgemeines Gesetz verboten ist, und er also ein Gesetz übertritt, welches nur ihn, nicht aber den Anstifter bindet, wie bei gewissen Amts- und Militärverbrechen der Fall sein mag. Dann aber

kann man auch nicht einmal von intellectueller Beihilfe sprechen; denn die Thätigkeit des Angestifteten fällt dann überhaupt nicht unter ein Strafgesetz. Wer aber die Uebertretung eines ihn verbindenden Strafgesetzes durch Anstiftung fördert, ist immer intellectueller Urheber.

Die Strafbarkeit des Anstifters beruht also eben darauf, daß er durch den Thäter und neben ihm Urheber der den objectiven Thatbestand des Verbrechens begründenden Thatsachen ist, und daß er es werden wollte. Das gibt dann auch den besten Anhaltspunkt zur Beantwortung jener Fragen, welche man sonst wohl an die sog. Ueberschreitung des Mandats geknüpft hat. Nämlich nur so weit dem Anstifter Dolus zur Last fällt, ist er für das durch den Angestifteten Bewerkstelligte verantwortlich. Ist aus der Thätigkeit des Letzteren etwas entstanden, was Ersterer entschieden nicht wollte, oder wogegen er sich auch nur gleichgiltig verhielt, ohne daß er es doch bestimmt vorhersehen mußte, so kann es ihm nicht zum Dolus zugerechnet und, so lange man nicht auch eine culpose Anstiftung annehmen will, überhaupt nicht zur Last gelegt werden. Enthielt umgekehrt die Thätigkeit des Angestifteten nur eben jene Verletzung, auf welche die Absicht des Anstifters gerichtet war, so kann es diesen nicht von der Strafe befreien, daß die Handlung, so wie sie ihm vor Augen stand, noch ein Mehreres enthielt und also unter den Begriff eines schwereren Verbrechens fiel.

Vorstehende Erörterungen haben uns aber auch den Weg zur Beleuchtung einer Frage gebahnt, die — so häufig das Leben dazu Anlaß geben mag — in der Literatur doch nur sehr selten berührt wird. Diese Frage bezieht sich nämlich auf die Stellung desjenigen, der einen Anderen zur Verübung eines Verbrechens nur deßhalb anstiftet, weil er will, daß dieser sodann überführt und bestraft werde.

Daß zwischen diesen Personen, welche so weit sie absichtliche Werkzeuge unlauterer Polizeikünste sind, in Frankreich gewöhnlich agents provocateurs genannt werden, — ein Name, den wir der Kürze halber auch für die anderen hieher Gehörigen gebrauchen wollen — daß zwischen diesen und den anderen Anstiftern zum Verbrechen ein Unterschied zu machen sei, scheint der juristische Instinct zu fordern, der sich gegen die völlige Gleichstellung in sehr vielen Fällen auflehnt. Es wird also die Frage entstehen, ob sich dieses Gefühl wissenschaftlich rechtfertigen lasse und für welche Fälle es überhaupt sich bemerkbar mache.

Hat jemand einen Anderen wirklich zu einem Verbrechen anstiften wollen, so kann darin, daß er überdies noch die Bestrafung des Angestifteten wollte, offenbar kein Grund liegen, ihn straflos zu lassen. Dieser Endzweck, den der Anstifter sich setzt, dieses Motiv, das ihn leitet, ändert nichts daran, daß der volle subjective und objective Thatbestand der Anstiftung zu diesem bestimmten Verbrechen gegeben ist; so wie in der Regel beim unmittelbaren Thäter das Motiv unberücksichtigt bleibt, so natürlich auch beim Anstifter. Gewöhnlich wird bei demjenigen, der doppelter Verruchtheit in diesem Grade fähig ist, irgend ein tiefer liegendes, unlauteres Motiv zu entdecken sein, wie wenn jemand einen Vater oder Ehemann zum Verbrechen anstiftet, um die Zeit, welche er im Gefängniß zubringt, zur Verführung der Gattin oder Tochter zu benützen; — oder wenn jemand auf diese Weise eines Nebenbuhlers oder Concurrenten sich zu entledigen sucht, — oder wenn der Bruder den Bruder zum Vatermord anstiftet, um nach dessen Hinrichtung Mörder und Gemordeten zu beerben u. dgl. Gesetzt aber auch, der Anstifter hätte in einem solchen Falle wirklich keinen anderen Zweck vor Augen als den, durch Entlarvung eines Verbrechers der Gerechtigkeit und der Gesellschaft einen Dienst zu leisten: so besteht noch immer kein Grund, ihn von der Strafe auszunehmen, weil eben der Zweck das angewendete Mittel nicht rechtfertigen kann, überdies aber die Gesellschaft ein viel größeres Interesse daran hat, daß kein Verbrechen begangen werde, als daran, daß ein Verbrecher bestraft werde. — Ganz abgesehen davon bedürfte es natürlich einer ausdrücklichen gesetzlichen Erklärung, welche die Strafloſigkeit ausspricht, und eine solche wird glücklicherweise kein Gesetz zu erlassen sich versucht fühlen.

Eine andere Frage aber ist freilich, ob alle jene Fälle, in welchen auf die bezeichnete Weise ein Verführter in eine Falle gelockt wird, wirklich Fälle der Anstiftung zum Verbrechen sind. Daß es sich dabei immer um ein verächtliches, unwürdiges Manöver, um einen beklagenswerthen Mißbrauch des Vertrauens handelt, — daß die Behörden im Interesse der öffentlichen Moral es unbedingt vermeiden müssen, solche Kunststückchen zu veranlassen [1]), — daß sie, selbst wenn sie ohne ihre Anregung vorge-

[1]) In der österreichischen St. P. O. v. 29. Juli 1853 heißt es z. B.: „§. 146. Es ist weder einem Strafgerichte noch irgend einer anderen Obrigkeit erlaubt, Jemanden, der einer strafbaren Handlung verdächtig ist, unmittelbar selbst oder durch insgeheim bestellte Leute, auf irgend eine Art zu verleiten, sein böses Vorhaben wirklich in Ausführung zu bringen, die strafbare Handlung fortzusetzen oder zu wiederholen, um auf

nommen wurden, nicht laut genug jeden Antheil daran verläugnen können, — daß man wünschen muß, es möchte in einem solchen Fall durch gänzliche oder doch theilweise Begnadigung der Angestifteten jede Solidarität der Staatsgewalt mit dem Provocateur abgelehnt und dessen Privatplan vereitelt werden: das Alles kann natürlich an dem Verhalten des zur Anwendung des Gesetzes berufenen Richters nichts ändern und ihn nicht ermächtigen, ein Verbrechen zu finden, wo keines begangen wurde. —

Es wird nämlich, da schon der Versuch dem Angestifteten Strafe zuziehen muß, für den Plan des Anstifters genügend sein, daß das Verbrechen *versucht* werde, oder daß in jenen Fällen, wo formell eine Versuchshandlung als das vollendete Verbrechen bezeichnet ist, der Thäter in diesem Stadium stehen bleibt, ohne daß das mit dem Verbrechen naturgemäß verbundene Uebel hinzutritt, ohne daß die Verletzung, welche das Wesen des Verbrechens ausmacht, wirklich zugefügt wird. Oft ist es glaublich und wird sich aus den Umständen auch leicht erkennen lassen, daß der Provocateur in der That wollte, daß die Thätigkeit des Verleiteten nicht weiter reiche, daß er das Eintreten der das Wesen des Verbrechens begründenden Verletzung weder wollte noch erwartete. In einem solchen Falle fehlt es also an dem nach dem früher Gesagten für die Bestrafung des Anstifters erforderlichen Dolus, und es kann also von strafbarer Anstiftung keine Rede mehr sein.

Gegen die in solchen Fällen eintretende Strafosigkeit des Provocateurs wird man sich vielfach sträuben. Zunächst verletzt es ein gewisses Billigkeitsgefühl, daß der Verleitete gestraft wird, der Verleiter aber straflos bleibt, den man doch als den sittlich Verderbteren unter den Beiden ansieht. Allein die sittliche Verderbtheit ist nicht das, wofür irgend jemand gestraft wird, sondern nur doloses Handeln; so viel aber ist gewiß, daß in diesem Fall der Provocirte dolos handelt, während dem Anstifter in Bezug auf das vom Angestifteten unternommene Verbrechen jedenfalls kein Dolus zur Last fällt. Von dem Gesichtspunkt aus, von welchem aus allein die Frage beantwortet werden kann, ob wegen eines bestimmten Verbrechens Bestrafung einzutreten habe, erscheint also die Moralität des Angestifteten allerdings als eine tiefer stehende; sein

---

solche Weise Verdachtsgründe oder Beweismittel gegen ihn aufzubringen . . . Jeder Beamte, der sich eines solchen Mißbrauches schuldig macht, ist zur strengsten Verantwortung und Strafe zu ziehen."

Wille hatte die Richtung auf Herbeiführung des mit dem Verbrechen verbundenen Uebels, der des Provocateurs hatte sie nicht.

Viel ernster ist dagegen folgende Erwägung. Schon der Versuch und nun gar die Vornahme eines formell dem vollendeten Verbrechen gleichgestellten Versuchsactes ist eine Störung der öffentlichen Rechtsordnung, was ja allein die Bestrafung des Versuches erklärt. Daß aber ein Versuch des Verbrechens begangen werde, das will der Provocateur; er fördert also doch absichtlich etwas, was eben nach der Absicht des Gesetzes nicht stattfinden soll, und hat Antheil an der Verübung des bei Strafe Verbotenen: es ist also ganz gerechtfertigt, daß — da doch das Verbot wirklich übertreten wird — auch er nicht von der Strafe verschont bleibe. — Dagegen läßt sich nun vor Allen auf den Unterschied aufmerksam machen, welcher denn doch auch hier zwischen dem unmittelbaren Thäter und dem Provocateur besteht. Der Versuch wird gestraft, weil der Zufall, welcher allein sich zwischen den Thäter und den Erfolg gestellt hat, jenem nicht zu statten kommen soll; das zeigt sich am besten daran, daß der freiwillige Rücktritt Straflosigkeit bewirkt, eben weil hier der wahre Grund wegfällt, um dessentwillen sonst davon abgesehen wird, daß das Verbrechen in der That nicht begangen wurde. Nun ist es aber auch dem Provocateur gegenüber keineswegs einem Zufall zuzuschreiben, daß seine Thätigkeit nicht zur Vollendung des Verbrechens führte.

Viel wichtiger ist es aber, daß man, wenn man jener Argumentation nachginge, zu einem ganz selbstständigen Verbrechen der Anstiftung käme, welches unabhängig von den äußeren Wirkungen, lediglich durch Einwirkung auf das Seelenleben des Angestifteten begangen würde. Ohne uns nun dabei aufzuhalten, auszuführen, daß diese Bestrafung eines bloßen Gedankenaustausches, welcher nach außen hin weder wirksam ist, noch wirksam werden soll, der doch ziemlich feststehenden Grundanschauung des Strafrechtes widerspricht, nach welcher dasselbe nicht zur Ahndung der Unsittlichkeit, sondern zum Schutz der Rechtsordnung bestimmt ist — genügt es wohl darauf hinzuweisen, daß eben kein Gesetz irgend eines Landes ein solches selbstständiges Verbrechen kennt; daß Alle den Anstifter als desselben Verbrechens (mit-) schuldig erklären, welches dem Angestifteten zur Last fällt. Dieses bestimmten Verbrechens kann er aber doch wohl nicht schuldig erklärt werden, wenn er das, was

das Wesen desselben ausmacht, nicht nur nicht fördern wollte, wenn er sogar geradezu verhindert hat, daß es eintrete.

Ueberhaupt läßt es sich, will man bei Beurtheilung der Thätigkeit des Anstifters nicht jedes festen Anhaltspunktes sich begeben, auch nicht vermeiden, dieselbe unter den Gesichtspunkt des strafbaren Versuches zu bringen; er hat in der That nur etwas unternommen, woraus nach seinem Vorhaben die Vollendung des Verbrechens entspringen sollte. So wenig nun aber beim unmittelbaren Thäter Versuch angenommen wird, wenn er bei einem (scheinbaren) Versuchsact die Absicht nicht hatte, daß aus seiner Thätigkeit der volle objective Thatbestand des Verbrechens entspringen solle, so wenig kann dies beim Versuch durch Anstiftung der Fall sein. — Wenn ferner Jemand zu der Zeit, wo er einen Anderen anstiftet, wirklich den vollen Dolus in sich trägt, nachher aber von Reue ergriffen, den vom Angestifteten bereits gesetzten Versuch mit Erfolg aufhielt, so ist nie gezweifelt worden, daß die Grundsätze, nach welchen der freiwillige Rücktritt den Versuch straflos macht, auch auf den Anstifter Anwendung finden. Wie sollte nun derjenige gestraft werden können, der den Dolus gar nicht erst aufzugeben braucht, weil er sich von Anfang an das vorgesetzt hat, wozu der Andere sich erst nachträglich entschließt?

Von diesem Gesichtspunkt aus wäre auch die Entscheidung eines Falles leicht, welcher in österreichischen juristischen Zeitschriften sehr lebhaft besprochen wurde. (Vgl. die Mailänder Gazetta dei Tribunali v. 1857. N. 61 u. 62; Eco dei Tribunali N. 718, 721, 755. Allgem. österr. Gerichtszeitung 1857. Nr. 74 u. 116).

Ein gewisser Z. hatte sich die Aufgabe gestellt, einige Personen, welche seit längerer Zeit, ohne ertappt zu werden, die Gegend unsicher machten, der Gerechtigkeit in die Hände zu liefern. Er hatte zu diesem Zwecke den Plan eines räuberischen Einfalles in eine Mühle entworfen, die Zustimmung der fraglichen Personen zu dem Unternehmen leicht gewonnen, und erschien, die Ausführung auf verschiedene Arten begünstigend, mit ihnen in der bezeichneten Nacht an Ort und Stelle, wo sie von der schon vorher unterrichteten Gensdarmerie in dem Augenblicke festgenommen wurden, als sie mit den Waffen in der Hand den Eigenthümer der Mühle zur Herausgabe seiner Barschaft aufforderten.

Z. wurde vom Gerichtshof erster Instanz als intellectueller Urheber (und zugleich als Gehilfe) angesehen und daher wegen Mitschuld am

Raube im Sinne des §. 5 des St.-G. verurtheilt. „Es kann ihn," heißt es in den Entscheidungsgründen, „von der Verantwortung nicht befreien, daß er selbst von vorn herein die Mittel vorbereitet hat, wodurch die vollständige Ausführung des Raubes verhindert wurde; denn es ändert dies nichts daran, daß das Verbrechen auf seinen Antrieb unternommen wurde, und somit die Schuld der physischen Urheber auch auf ihn zurückfällt. Hatte er auch, indem er den Plan vorschlug, dabei den Zweck vor Augen, seine Genossen der Justiz in die Hände zu liefern, so wollte er sie doch bestimmen, einen Raub zu unternehmen, und man kann auch mit Rücksicht auf die Zahl und die Waffen der Angreifer und die übrigen Umstände des Falles nicht sagen, daß er die Vollbringung unmöglich gemacht hätte." — Das Oberlandesgericht sprach Z. von der Anklage los. Sein Verhalten, heißt es in den Entscheidungsgründen, trage zwar objectiv das Gepräge der intellectuellen Urheberschaft; allein so entschieden man es, gleichviel welches Motiv ihm zu Grunde liege, mißbilligen und tadeln müsse, bleibe es doch der gesetzlichen Strafsanction durch den Abgang des Vorsatzes entzogen, da der Angeklagte nicht die wirkliche Ausführung eines Raubes im Sinne hatte, sondern vielmehr Alles that, um sie unmöglich zu machen.

Dieses Erkenntniß der zweiten Instanz wurde vom obersten Gerichtshof zu Wien mit Urtheil vom 24. März 1857 Nr. 2496 unter einfacher Adoptirung der Gründe der zweiten Instanz bestätigt.

Nach dem früher Gesagten wird es leicht sein, sich davon zu überzeugen, daß die Lossprechung des Z. vollkommen gerechtfertigt sei, ohne daß man, um sie zu motiviren, zu dem Satze seine Zuflucht nehmen müßte, daß der intellectuelle Urheber einer strafbaren Handlung von der strafrechtlichen Verantwortung frei bleibe, wenn seine Absicht darauf gerichtet war, die Ueberführung und Bestrafung des physischen Urhebers herbeizuführen. Das Verbrechen des Raubes ist seiner Wesenheit nach ein Verbrechen, wodurch Vermögensrechte verletzt werden; die dabei vorkommende Verletzung der Person bestimmt nur den Charakter des Verbrechens und den Platz desselben unter den Delicten derselben Art näher; das mit dem Verbrechen des Raubes verbundene Uebel ist im Sinne des Gesetzes erst vorhanden, wenn es dem Thäter gelungen ist, sich der fremden Sache zu bemächtigen. Wer einem Anderen Gewalt anthut, aber dabei nicht die Absicht hat, sich einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen; oder wer zwar diese Absicht hat, aber doch nicht eine Ver-

mögensbeschädigung im Sinne hat; wer z. B. die Sache blos ergreifen will, um seine Stärke zu zeigen, oder um sich einer ihm von derselben drohenden Beschädigung zu entziehen, sie aber sodann unmittelbar zurückstellen will, macht sich keines Raubes schuldig, wenn gleich das Gesetz die unternommene Bewältigung der Person schon als das vollendete Verbrechen erklärt, sobald sie in der Absicht, sich einer fremden beweglichen Sache zu bemächtigen, erfolgt. Auch als intellectueller Urheber kann daher Niemand des Raubes mitschuldig werden, der nicht will, daß das mit diesem Verbrechen verbundene Uebel — Entziehung einer beweglichen Sache aus dem Besitze des sie persönlich Vertheidigenden — eintrete. Beim Angeklagten Z. war das nun erwiesenermaßen der Fall. Er hatte alle Vorkehrungen so geleitet, daß den Angegriffenen ein Vermögensverlust nicht treffen konnte, wie er ihn denn auch nicht getroffen hat[2]).

[2]) Aehnlich wäre der im Arch. f. Criminalrecht 1853 Ergänzungsheft S. 85 ff. und in Temme's Archiv I. S. 249 Nr. 97 mitgetheilte Fall zu behandeln, wenn dort nicht ohnehin den Provocateurs nur Anstiftung zur Anstiftung zur Last fiele.

IV.

Ueber Thäterschaft und Beihilfe.

Ueber Thäterschaft und Beihilfe

(Gerichtssaal 1864, Seite 24–55.)

Unter jenen Differenzpunkten, welche überwunden werden müssen, wenn ein gemeinsames deutsches Strafgesetzbuch möglich werden soll, tritt kaum einer so deutlich hervor, wie der über die Behandlung der Beihilfe zum Verbrechen. Oesterreich war schon durch die romanisirende Tendenz der Theresiana zur principiellen, keineswegs ausnahmslosen, Gleichstellung der Beihilfe mit der Thäterschaft (Art. III. §§. 10 und 11) geführt worden, und hielt daran in seinen späteren Gesetzen, einschließlich des neuesten, fest. Auf derselben Seite stehen jetzt Preußen und Bayern, wohl hauptsächlich wegen des dem französischen Recht eingeräumten Einflusses, gewiß aber auch der größeren Einfachheit wegen[1]), welche Rücksicht unverkennbar auch dem württembergischen Gesetz vom 13. August 1849, speciell dessen Art. 13, den Weg bahnte. Auf der andern Seite steht nun jene Anschauung, welche insoferne mit Recht als die deutschrechtliche bezeichnet werden kann, als sie allerdings aus dem Art. 177 der C. C. C. abgeleitet[2]), und eine Eigenthümlichkeit deutschen Rechtes geblieben ist. Denn nicht bloß in Frankreich ist sie von der Gesetzgebung bei Seite gesetzt, sondern auch in dem auf ganz anderen Grundlagen ruhenden englisch-amerikanischen Recht; nur in Italien hat sie sich in neuerer Zeit Bahn zu brechen vermocht[3]).

Sucht man sich nun über den Umfang der bestehenden Differenz zu orientiren, so verringert er sich allerdings sofort in einer sehr tröstlichen Weise. Auf der einen Seite nämlich ist von einer kategorischen Gleichstellung des Gehilfen mit dem Thäter keine Rede, wie denn eine

[1]) Hocheder, Das Strafgesetz I. S. 228.

[2]) Vrgl. auch Krug, Abhandlungen S. 122; Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland, S. 67, 68.

[3]) Vrgl. Codice penale toscano Art. 55, 56. Cod. pen. ital. (1859) Art. 103, 104.

solche auch nicht denkbar wäre. Die Gesetze von Württemberg, Preußen und Bayern gewähren die Möglichkeit einer milderen Bestrafung der Theilnehmer, indem sie den Gerichten gestatten, die ordentliche Strafe beträchtlich herabzusetzen; und das österreichische Strafgesetz, welches scheinbar am Weitesten geht, macht mehrfach gerade angesichts der absolut angedrohten Strafe Ausnahmen zu Gunsten der Theilnehmer, während bei den relativ bestimmten Strafsätzen ein höchst ausgedehntes Milderungsrecht besteht. — Andrerseits muß man nicht übersehen, daß eine unbedingte Ausschließung der ordentlichen Strafe den Theilnehmern gegenüber im deutschen Rechte ebenfalls nicht begründet sei. Die oft citirten Worte „in einem Fall anderst, dann in dem andern" sagen im Grund auch nur, daß die Strafe eine von der ordentlichen verschiedene sein könne, nicht daß sie immer hinter ihr zurück bleiben müsse. Eine genauere Untersuchung ergibt denn auch, daß die Grenzlinie zwischen denjenigen, welche die ordentliche Strafe verwirkt haben, und jenen, welche wegen ihrer untergeordneten Mitwirkung auch nur einer geringeren Strafe verfallen sollen, niemals mit jener Linie zusammen fiel, welche den Thäter vom Gehilfen im heutigen Sinne sondert.

Die italienischen Praktiker, soweit sie nicht sogar die strengere römischrechtliche Auffassung der Glossatoren beibehielten, unterschieden den auxiliator, qui causam praebuit delicto[4]) — ein Merkmal, über welches man sich indeß wohl nicht völlig klar wurde, und welches eigentlich nur dahin führte, daß man mit voller Bestimmtheit die ordentliche Strafe ausschloß, wenn jemand ohne vorausgegangene Abrede nach der That dem Hauptschuldigen Beistand gewährte, und „ubi delinquens alias facturus fuisset, et auxiliator illi simplicem favorem praestitit[5])." Die unmittelbare, wenn auch untergeordnete Mitwirkung bei Vollführung der That selbst ist offenbar gar nicht unter den Gesichtspunkt der Beihilfe gebracht, wie ja auch die einflußreiche Bestimmung des canonischen Rechtes (c. 6 X de hom. 5. 12) fast unverkennbar dieselbe Stellung einnimmt (citra manuum injectionem).

Unter diesem Einfluß entstand die Carolina und wurde sie aufgefaßt. Die Paraphrase des Remus unterscheidet ebenfalls die drei Zeit-

[4]) Geib, Lehrbuch II 338. Köstlin, System I. 275 ff.

[5]) Clarus quaest. 90, Nr. 2. 9. Mathaeus bezeugt die (von ihm bekämpfte) herrschende Auffassung mit folgenden Worten: Qui proximam opem et praesentem tulit, causamque crimini praebuit . . . is ordinaria poena puniendus est . . . De poenis Cap. IV. Nr. 19.

punkte: vor, während und nach der That. Eadem poena eum, qui auxilium secundo tempore, quod sit proximum delicto, tulerit, cum actore criminis plectendum esse tradunt... Unter den Commentatoren der Carolina läßt sich zunächst Kreß[6]) die Grenzbestimmung so angelegen sein, daß er sogar größerer Deutlichkeit halber zur Formulirung seiner Meinung sich ausnahmsweise der deutschen Sprache bedient: „In dergleichen Fall, wo die Hilfe und Hauptthat von einerlei Wichtigkeit sind, da haben auch billig die Hilfe und die Hauptthat einerlei Strafe." Und nun führt er eine Anzahl von Beispielen auf, welche zu belehrend sind, als daß wir unterlassen könnten, die Stelle hier wörtlich anzuführen:

Ad illam speciem pertinet v. c. si quis e sublimi caenaculo furaturo scalas lucri causa attulerit, aedibusque admoverit, et ne ingressus proderetur, excubias egerit, item si parietem pertuderit, murum perforaverit in gratiam communis lucri et furis certo intraturi. Vel si quis, quo facilius Cajus a Titio occideretur, brachia illius strictissime, ne se defendere posset, comprehenderit (v. l. XI. §. I. ad L. Aquil.). Item si quis puellae, in quam Mevius stuprandi animo irruit, armis minatus terrendi causa adstiterit. Si quis Titii aedes certo occulte tamen incensuro, globulos peculiari arte in hunc usum praeparatos suppeditaverit, monstrato insimul nefario usu. Si mulierculae maritum e medio clam tollere gestienti venenum dederit, ac simul qua ratione, ne miser animadverteret, idem illi proprinari possit, commonstraverit etc.

Carpzow und Böhmer behandeln die Frage nicht im Allgemeinen, sondern eigentlich nur in Bezug auf den Diebstahl; für diesen Fall jedoch (der allerdings sein Eigenthümliches hat) stellt Carpzow mit voller Entschiedenheit den Satz auf, daß die bei dem Act des Diebstahls selbst, eigenhändig, fraudulenter, dolose et lucri faciendi causa geleistete Hilfe mit der ordentlichen Strafe zu belegen sei[7]). — Es fehlt aber auch sonst nicht an Zeugnissen für die Praxis, daß die bei der That selbst geleistete Hilfe mit der ordentlichen Strafe belegt wurde. Die von Kreß angeführten Beispiele kehren fast regelmäßig überall wieder[8]).

[6]) Ad. art. 177 C. C. C. ed. 1760. p. 646, 647.

[7]) Carpz. Pract. crim. qu. 87 n. 29. — Speciell besprochen wird das Wachestehen; die Strafe des Strangs soll hier nur eintreten, wenn der Gehilfe so viel von dem Gestohlenen erhalten hat, als zur Verhängung jener Strafe überhaupt erfordert wird. Ibid. n. 35.

[8]) Stephanus ad Art. 177 C. C. C. n. 3. Clasenius ad eund. art. n.

Dies ist der Stand der Dinge bis zu dem Wendepunkt des deutschen Strafrechts am Ende des vorigen Jahrhunderts. Es genügt wohl in dieser Hinsicht auf Quistorp[9]) zu verweisen, welcher als „Socii Criminis, die an Leib und Leben bestraft werden können" diejenigen bezeichnet, welche „eigentlich Hilfe und Beistand bei dem Verbrechen geleistet haben," und dann die bekannte Unterscheidung zwischen concursus plenus und minus plenus folgen läßt, deren ersterer eine der des Haupthäters gleiche Strafe nach sich zieht.

Unter diesem Einfluß standen dann die ältesten Codificationen. Der Cod. jur. Bavar. criminalis (I. Cap. 12, §. 7) verhängt die ordentliche Strafe wider denjenigen, der in „ipso actu delicti, mit fürgesetzt- oder vereinigten Willen und Muth, Hilf und Beistand leistet", wobei zu bemerken ist, daß ausdrücklich von der ordentlichen Strafe nur die nachfolgende Theilnahme, sofern sie nicht auf vorausgehender Verabredung beruht, ausgenommen ist. Nach dem preußischen Landrecht trifft die im Gesetz bestimmte ordentliche Strafe: 1) Jeden, welcher „an Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen," 2) denjenigen, „welcher dabei eine solche thätige Hilfe geleistet, daß ohne dieselbe das Verbrechen nicht hätte begangen werden können;" 3) „wenn jemand, auch ohne vorgängige Verabredung, zu der Zeit, wo die That ausgeführt wird, durch Handreichung, Wachehalten, oder sonst Hilfe leistet." (§§. 64, 71, 74.)

Aber auch nach dem durch Feuerbach bewirkten Uebergange reicht die ordentliche Strafe in das begrifflich für die Beihilfe vindicirte Gebiet mit hinein. Es soll dabei nicht erst auf die Dehnbarkeit des dem Complott unterlegten Begriffes hingewiesen werden, vermöge dessen eigentlich bei jeder nach vorausgegangener (ausdrücklicher und wohl auch stillschweigender) Verabredung geleisteten Hilfe zur That selbst, die Anwendung der ordentlichen Strafe gerechtfertigt werden kann. Allein es ist bekannt genug, daß das bayerische Ges. von 1813 und nach diesem das (ältere) oldenburgische (Art. 67, II), württembergische (aufgehob. Art. 75), großherzogl. hessische (Art. 73) und badische (§. 139 mit facultativer Gleichstellung) den von Feuerbach s. g. Hauptgehilfen mit der ordentlichen Strafe belegen, denjenigen also, wel-

---

Blumlacher n. 3. Berger Elect. jurispr. crim. p. 10. Vrgl. noch die Anführungen bei Geib II. 340 ff.

[9]) Grundsätze I §. 55.

cher „dem Vollbringer vor oder bei der Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, eine solche Hilfe geleistet hat, ohne welche diesem die That nicht möglich gewesen wäre." (Art. 45 II. St.-G. von 1813)[10]). Noch viel weiter geht das ältere sächsisch-thüringische Strafgesetz (Art. 33 u. 34 des Ges. für Altenburg), und das braunschweigische (§§. 42 und 43, vgl. mit §. 46), welche geradezu jede Mitwirkung bei der That selbst als gleiche Theilnahme, d. i. als Miturheberschaft behandeln.

Betrachten wir nun noch die neuesten legislativen Erscheinungen, so weist das sächsische Strafgesetz (Art. 50) denjenigen in den Kreis der Miturheber, welcher zur Ausführung mitgewirkt hat, sofern er durch seine Handlungsweise den Entschluß zur That stillschweigend zu dem seinigen gemacht hat. (Art. 50.) Dagegen bezeichnen das preußische (§. 34) und bayerische (Art. 54) Strafgesetz und der bremische Entwurf (§. 85) die Theilnehmer in solcher Weise, daß allerdings Personen, welche nach jenen älteren Gesetzen der ordentlichen Strafe verfallen wären, ihr nunmehr entgehen[11]); der hamburgische Entwurf dagegen bleibt offenbar bei der älteren Auffassung, indem er die ordentliche Strafe auf diejenigen ausdehnt (Art. 41), welche „bei Ausführung einer verbrecherischen Handlung mitwirken."

Aus all dem ergibt sich, daß Gesetzgebung und Praxis auch in Deutschland niemals die ordentliche Strafe auf den Haupthäter eingeschränkt haben, sondern auf den verschiedensten Wegen immer dahin gelangt seien, diese auf Personen, welche in einer hervorragenden Weise an dem Verbrechen sich betheiligten, auszudehnen, und nur völlig untergeordnete Nebenpersonen ihr zu entziehen. Allerdings war die Grenzlinie niemals mit genügender Deutlichkeit gezogen, — und es war daher unvermeidlich, daß die Wissenschaft es sich angelegen sein ließ, durch Feststellung der maßgebenden Begriffe eine deutliche und consequente Abgrenzung zu erzielen.

Es ist bekannt, daß dies bis jetzt nicht gelungen ist. Zwar ist für die Läuterung der Anschauungen Großes geleistet worden, und eine Zeit

[10]) Der Entwurf des Criminalg. für Hannover stand in derselben Reihe; der betreffende Passus entfiel aber. (Leonhardt I. 239). Dennoch findet Köstlin (System I. 239 Nr. 3) hier nur eine relative Abweichung vom bayer. Ges. und zwar wegen der Bestimmungen über Complott und Bande.

[11]) In Preußen wird das indeß durch die Voraussetzung „nicht wesentlicher" Theilnahme wieder paralysirt.

schien es, als ob aus dem langjährigen Widerstreit der subjectiven und der objectiven Anschauungsweise, die erstere als vollständige Siegerin hervorgehen würde. Allein es ist unverkennbar, daß in den letzten Jahren ein entschiedener Umschwung eingetreten sei.

Die älteren Versuche, nach objectiven Merkmalen Thäterschaft und Beihilfe von einander zu sondern, beruhen durchaus auf verschiedenen Eintheilungen der Ursache, der Gründe zur Wirklichwerdung des Verbrechens, vermöge deren man auch die verschiedenen möglichen Beziehungen der Menschen zu einem bestimmten Ereigniß nach Kategorien von einander unterscheiden zu können meinte. Mehrfache Momente mußten nun hier einen nachtheiligen Einfluß ausüben. Zunächst hat hier, wie auch fast auf alle allgemeinen Lehren des Strafrechts beirrend eingewirkt, daß man, statt der Mannigfaltigkeit der einzelnen Verbrechen Rechnung zu tragen, immer zuerst und oft ausschließlich an die Tödtung dachte und den so gewonnenen Sätzen unbedenklich allgemeine Richtigkeit beimaß. Außerdem aber machte man sich es zumeist (Grolmann trifft dieser Vorwurf nicht)[12]), insofern bequem, als man beim einfachsten Falle stehen blieb, indem man sich nur einen Thäter dachte und es dann der Praxis und der Gesetzgebung überließ, durch Ausnahmsmaßregeln die gebührende Bestrafung derjenigen zu erwirken, welche neben einem Anderen sich in einer über den Kreis der Beihilfe offenbar hinausgehenden Weise an dem Verbrechen betheiligten. Die wichtigste Quelle der Irrthümer aber lag eben darin, daß jene Eintheilung der Ursachen, auf wieviel verschiedene Arten auch man es mit ihr versuchte, niemals zu Resultaten führen konnte, welche der Wahrheit und der Mannigfaltigkeit der im Leben sich darbietenden Erscheinungen entsprechen[13]). Es ging mit der Eintheilung der Ursachen im Allgemeinen, wie es im Besonderen mit der Eintheilung der Todesursachen, der Wunden, ging: je verschiedenartiger und je complicirter sie wurden, desto mehr brach sich die Ueberzeugung Bahn, daß sie unbrauchbar seien.

[12]) Er sagt: „Soll ein Subject als Auctor oder Coauctor einer bestimmten Rechtsverletzung erscheinen, so wird erfordert, daß die Ursache derselben in seiner Handlung allein, oder doch ebensogut in seiner Handlung als in der eines Anderen enthalten sei." Grundsätze der Criminalrechtsw. (3. Aufl.) §. 33. — Vrgl. Abegg Lehrb. §. 75. Martin §. 79.

[13]) Köstlin N. Revision §. 132. — So sehr übrigens Feuerbach die directe und indirecte Wirksamkeit betont, so findet sich auch bei ihm schon (Revision II. 243), der Satz: „Der Begriff des Autors setzt voraus, daß er aus eigenem unmittelbaren Interesse an der Rechtsverletzung selbst die Begehung derselben wolle. Wer nicht aus diesem Interesse handelt, kann nicht als Urheber betrachtet werden."

Man macht den Menschen mit Recht für bestimmte, von ihm herbeigeführte Veränderungen in der Außenwelt verantwortlich, und man wird bei der Beantwortung der Frage, ob eine solche Veränderung in solcher Art auf einen solchen Menschen zurückzuführen sei, nicht leicht in Verlegenheit gerathen, wenn man sich nur darauf beschränkt, das negative Kennzeichen zu berücksichtigen, ob, die Thätigkeit jenes Menschen hinweggedacht, die das Verbrechen enthaltende Thatsache noch hätte hervortreten können [14]); jeder Schritt, der darüber hinausgeht, führt in ein Labyrinth. Denn nur vermöge einer Abstraction vermögen wir uns eine bestimmte Veränderung in der Außenwelt als die ausschließliche Wirkung einer gegebenen menschlichen Thätigkeit zu denken; in Wahrheit kann der Mensch immer nur *mitwirken*, das Walten der Naturkräfte, die bewußte und unbewußte Thätigkeit anderer Menschen, ja selbst dasjenige, was er selbst noch unbefangen gethan hat, benützen, um seinen Zweck zu erreichen. Denkt man sich nun alle diese verschiedenen Momente als positive oder negative Voraussetzungen der das Verbrechen enthaltenden Thatsache, so kann es allerdings leicht geschehen, daß für die Verwirklichung derselben keines jener Momente eine so geringe Bedeutung hat, wie das *einzige*, welches strafrechtlich in Betracht kommt. Es kann vorkommen, daß der Verbrecher eine große Anzahl positiver Voraussetzungen selbst herbeischaffen, mannigfache Hindernisse selbst beseitigen muß, ehe das Verbrechen verwirklicht ist; es kann aber auch vorkommen, daß der Verbrecher nur mit einem einzigen für sich allein ganz irrelevanten Act in den Gang der Ereignisse eingreift. Die Zurechnung des Ergebnisses, die imputatio facti, muß in dem einen wie in dem anderen Falle stattfinden, und doch beruhen alle jene Eintheilungen der Ursachen auf der Voraussetzung, daß es bestimmte Handlungen gebe, welche an und für sich, isolirt betrachtet, ein bestimmtes Ereigniß als die Wirkung der verbrecherischen Thätigkeit eines Menschen erscheinen lassen.

Die Wahrheit ist, daß je nach den Umständen eine und dieselbe Thätigkeit als strafrechtlich irrelevant, als ein höchst untergeordnetes Moment oder als das strafrechtlich allein maßgebende erscheinen kann. Wenn A den B absichtlich ins Wasser gestürzt hat, so wird die Thatsache, daß der Ertrinkende einen Versuch machte, sich an das Land zu flüchten und bei diesem Versuch von A zurückgestoßen wurde, als ein kaum

[14]) Glaser, Abhandlungen I. S. 397, 398.

beachtenswerther Zwischenfall erscheinen; wenn jedoch A erst in dem Augenblick hinzukommt, wo sein von einem Dritten in den Fluß geschleuderter Feind sich zu retten versucht und er es ist, der die Rettung vereitelt, oder wenn er dasselbe gegenüber dem zufällig in's Wasser Gestürzten thut; wie gänzlich verändert erscheint die strafrechtliche Bedeutung des — isolirt betrachtet — völlig unveränderten Actes! — Wenn Papiergeld nachgebildet wird, und der Eine das zu diesem Zweck erforderliche Papier mit dem sogenannten Wasserzeichen herstellt, der Zweite die Platte graviert, der Dritte den Druck besorgt: wer nimmt hier jenen Act vor, welcher objectiv und für sich allein betrachtet, als die Begehung des Verbrechens angesehen werden muß? Dieselbe Frage muß man aufstellen, wenn bei einer beabsicht.gten Erpressung der Eine jene Kenntniß von der Person und von den Umständen des zu Bedrohenden sich verschafft, welche es möglich macht, ihn in einen außerordentlichen Grad von Furcht zu versetzen, der Zweite nach diesen Materialien den Brief verfaßt, der Dritte ihn bestellt, der Vierte die Uebernahme des erpreßten Geldes besorgt. — Der Giftmischer, welcher den sorgsam bereiteten Gifttrank da aufstellt wo er von dem zu Ermordenden für ein unschuldiges Getränk genommen werden muß, unterscheidet sich in einem objectiv doch wohl nur sehr untergeordneten Nebenpunkt von demjenigen, welcher das Letztere durch einen Dritten (sei es nun einen Schuldigen oder Unschuldigen) besorgen läßt und umgekehrt, derjenige, der das Gift reicht, welches er selbst bestellt und sich verschafft hat, ist in diesem Act nicht verschieden von dem, welcher es auf Anregung eines Dritten darreicht. In Fällen, wo jemand das Verbrechen durch eine unschuldige Mittelsperson verüben läßt, fällt seine verbrecherische Thätigkeit gar nicht in den Kreis jener Handlungen, durch welche, rein physisch betrachtet, das Verbrechen verwirklicht wird. Derjenige, welcher einen Eisenbahnunfall dadurch herbeiführt, daß er den Bahnwärter betäubt, setzt doch gewiß nicht die directe Ursache des Unfalles. Es war daher natürlich, daß man schon früh, durch die bloße Gegeneinanderhaltung ähnlicher Fälle [15]), auf den Gedanken kommen mußte, das objective Gebiet ganz zu verlassen und im subjectiven Moment des Thatbestandes die Merkmale für Thäterschaft und Beihilfe zu suchen. Alle die verschiedenen Formeln, in welchen dieser Gedankengang Ausdruck findet, laufen bekanntlich darauf hinaus, daß

[15]) Bönner und Schmidtlein, Jahrbücher der Gesetzgebung I. S. 77 ff. Henke's Handbuch I. 286, 287. Wächter, Lehrbuch I. §. 89, Anm. 80.

der Urheber die That als die seinige will, der Gehilfe als eine fremde; daß der Erstere die Sache als *seine* Angelegenheit betreibt, der Letztere als die eines Anderen. Nun hat diese Auffassung nicht bloß darum etwas Gewinnendes, weil es immer beruhigender sein wird, wenn das Willensmoment als der für die Schwere der Strafe maßgebende Factor hingestellt wird, sondern auch weil mit dieser Formel in manchen Fällen ein sicheres, befriedigendes Resultat erreichbar ist; allein genauer betrachtet, führt die Formel entweder zu Consequenzen, welche Wenige geneigt sein werden als richtig anzuerkennen, oder zur Aufstellung einer Regel, welche ebenso unbestimmt ist, als irgend eine aus den Eintheilungen der Ursachen abgeleitete. Es ist nämlich klar, daß der Gehilfe, um überhaupt strafbar zu sein, das Bewußtsein haben müsse, daß seine That dazu bestimmt sei, das Inslebentreten des Verbrechens zu befördern; er muß also (so scheint es) wollen, daß das Verbrechen in's Leben trete und er muß seinerseits dazu beitragen wollen. Welchen Sinn soll es nun haben, wenn man sagt, daß er das Verbrechen nicht als das Seinige gewollt habe, nicht als seine Angelegenheit betreiben wollte? Soll es bedeuten, daß er zwar das Existentwerden des Verbrechens gewollt habe, nicht aber, daß es durch ihn allein oder vorzugsweise durch ihn bewirkt werde, dann sind wir, um uns den eigentlichen positiven und negativen Inhalt solchen Willens klar zu machen, darauf angewiesen uns die Frage zu stellen: wie weit kann die in Absicht auf ein Verbrechen vorgenommene Thätigkeit gehen, ohne daß das Verbrechen ausschließlich oder überwiegend als ihre Wirkung erscheint? Damit aber stehen wir wieder auf dem Boden des objectiven Moments und haben lediglich einen Umweg gemacht, um dahin zu gelangen. — Man muß also weiter gehen, und „das Verbrechen als das eigene Wollen" übersetzen: „es im eigenen unmittelbaren Interesse wollen." Damit aber sind wir auf ein Gebiet gelockt, von welchem sich der Criminalist sonst vorsichtig fern hält, auf das der Motive.

Zunächst also drängt sich der Widerspruch auf, daß für den allein Handelnden das Motiv in der Regel irrelevant ist, für den mit Anderen Zusammenwirkenden aber den Ausschlag geben soll. Sodann stößt man auf die Schwierigkeit die verschiedenartigen Motive, welche zu einem Verbrechen führen können, einander hinreichend unterzuordnen. Es ist gar wohl denkbar, daß Jemand ein Verbrechen begehen kann, lediglich um des Nutzens willen, den es Anderen gewährt; die Befriedigung, die ihm

das gelungene Verbrechen verspricht, liegt einzig in der Freude an dem Glück des Anderen. (Es sei z. B. an die hie und da vorkommenden Fälle erinnert, wo Ammen ihr eigenes Kind mit dem Kind eines vornehmen Hauses vertauschen, lediglich um dem Ersteren die Vortheile der Herkunft aus einer vornehmen und reichen Familie zu sichern.) Begeht ein Solcher sein Verbrechen allein, so wird Niemand es bedenklich finden, ihn zu verurtheilen, und natürlich als Urheber zu verurtheilen; läßt es sich nun rechtfertigen, daß er aufhören soll Urheber zu sein, wenn derjenige, zu dessen Nutzen er die That begeht, ihn dabei vielleicht in einer ganz untergeordneten Weise unterstützt?

Noch schwieriger wird die Unterscheidung, wenn es sich um Verbrechen handelt, die nicht aus Gewinnsucht, sondern aus anderen Motiven, z. B. aus Freude am Schaden, unternommen werden, oder zu welchen den Einen das eine, den Anderen das andere Motiv treibt. (A will den Tod des Z aus Rachsucht, B wirkt mit, um ihn zu beerben. Die Arbeiter eines kargen Fabrikherrn zerstören dessen Maschinen; fremde Arbeiter betheiligen sich dabei aus Liebe zu ihrem Arbeitgeber, den sie von einem gefährlichen Concurrenten befreien wollen.)

Entscheidend aber ist, daß das Verhältniß selbst, vermöge dessen ein Mensch sich zum Werkzeug fremder verbrecherischer Plane hergibt, gar nicht als ein solches erscheint, welches auf mildere Behandlung unbedingt Anspruch gibt [16]). Zu allen Zeiten war man der Meinung, daß der Bandit strengere Strafe verdiene, als der Thäter eines gemeinen Mordes; bei consequenter Durchführung der hier erörterten Anschauung aber käme man im Gegentheil dahin, ihn nur als Gehilfen strafen zu können.

Dies mußte denn auch die Krisis herbeiführen, welche die Wiederheranziehung objectiver Momente in den Kreis der Erörterung zur Folge hatte. Es läßt sich dies am besten erkennen, wenn man der Entwicklung folgt, welche Berner durchgemacht hat und die Ausführung in seiner Monographie über die Theilnahme S. 214 ff. mit derjenigen in seinen Grundsätzen des preußischen Strafrechts S. 40 ff. und in der dritten Ausgabe seines Lehrbuchs des deutschen Strafrechts S. 172 ff. und mit den Erörterungen Krug's in seiner Abhandlung über den Begriff

[16]) Krug, Abhandl. S. 83. Mit Recht bemerkt Krug (S. 84) hinsichtlich der bei der Nothzucht Mitwirkenden, daß wenn der Hauptschuldige sich zum Thier herabwürdigt, diese noch unter das Thier herabsinken.

der Beihilfe (Abhandlungen S. 73 ff.) zusammenhält. Berner nämlich, nahm von jeher Anstand die oben bezeichnete Grenzlinie zu überschreiten. Er erkannte sofort als Regel an, daß man durch Verübung der Haupthandlung Thäter oder Urheber werde und dabei nie bloßer Gehilfe bleiben könne. Ist dies aber einmal als richtig zugegeben, so kommt es eben auf die Feststellung des Begriffs der Haupthandlung an, — eine Frage von rein objectiver Natur. In der Feststellung dieses Begriffes liegt aber eben die Schwierigkeit, zumal, da man die Theilbarkeit der Haupthandlung zugeben muß, wenn man nicht den Begriff der Miturheberschaft auf den Fall des Complottes einschränken will. Berner selbst sieht sich denn auch fast in demselben Augenblick, wo er die Haupthandlung als diejenige definirt, „die den Thatbestand des Verbrechens begründet" genöthigt, vor der Verwechslung der Haupthandlung und Hauptursache zu warnen[17]). „Der Thäter begeht das Verbrechen; der Gehülfe begeht es nicht, auch nicht zum Theil, sondern erleichtert dem Thäter die Begehung"[18]). Es kömmt also auf die Feststellung des Kreises von Handlungen an, „in denen die Begehung des Verbrechens besteht"[19]). Hierin liegt nun ein entschiedenes Hinübertreten auf das objective Gebiet[20]).

Auf eine Vermittlung der objectiven und subjectiven Anschauungsweise abzielend geht Krug von entschiedener Betonung des objectiven Momentes aus. Er sagt[21]): „Jede Ursache bringt ihre Wirkung unter den obwaltenden Umständen mit Nothwendigkeit hervor. Dadurch unterscheidet sie sich von Allem, was nicht Ursache ist, mithin auch von dem Mittel und der Gelegenheit. Diese können nicht wirken, denn nur Kräfte wirken, seien es Kräfte der Natur oder des Menschen. Man kann daher nicht sagen, daß derjenige, der nur die Handlung eines Anderen unterstützt, den Erfolg derselben hervorgebracht d. i. verursacht habe, vielmehr ist dieser nur der Handlung des Letzteren zuzuschreiben. Nun besteht aber das Wesen der Beihilfe darin, daß sie die Handlung eines Anderen unterstützt. Dies ergibt sich

[17]) Grundsätze des preuß. Strafrechts S. 42 und 43. Die Begriffsbestimmung der Haupthandlung, welche Bar Versuch und Theilnahme S. 66 [1]) gibt, scheint mir auf einem Zirkel zu beruhen.

[18]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts (2. Aufl.) S. 175.

[19]) Berner, Grundf. d. pr. Strafr. §. 49.

[20]) Vrgl. Buri, Abhandlungen S. 139, Anm. 13.

[21]) Abhandlungen S. 80 ff.

schon aus der sprachlichen Bedeutung des Helfens. Man faßt diesen Begriff unrichtig auf, wenn man ihn mit dem Erfolge in unmittelbare Beziehung bringt. Helfen bezeichnet nicht das Verhältniß einer Handlung zu dem Erfolge, sondern das zu einer fremden Handlung. Wenn Mehrere einen Stein fortwälzen, den Jeder von ihnen allein nicht fortzubewegen vermöchte, so sagen wir wohl: Alle haben geholfen, den Stein fortzuwälzen; allein nicht dem Steine haben sie geholfen, sondern sie haben einander geholfen; das Helfen drückt also ein persönliches Verhältniß aus, das freilich auch ein gegenseitiges sein kann, indem Jeder dem Anderen hilft und zugleich von ihm sich helfen läßt." . . .

„Beschränken wir nun den Begriff der Beihilfe auf solche Handlungen, wodurch die verbrecherische Handlung eines Anderen unterstützt wird, so liegt hierin der völlig bestimmte, objectiv unterscheidende Charakter der Beihilfe, und es ergibt sich daraus von selbst, daß derjenige, der die im Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung selbst vornimmt, möge er es nun in seinem Interesse oder in dem eines Anderen thun, nicht Gehilfe sein kann, sondern Urheber ist. Aber auch subjectiv liegt hierin das entscheidende Moment, auf welchem die principiell geringere Strafbarkeit der Beihilfe beruht. Denn indem der Gehilfe nur eine fremde Handlung unterstützt, läßt er es von dem Willen des Anderen abhängen, ob die That geschehe, während der Urheber sie selbst thut." . . Auch hier also kömmt Alles darauf an, worin die Handlung bestehe, deren Begehung die Urheberschaft begründet? „Die Antwort hierauf ist: es ist die im Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung mit allen ihren gesetzlichen Merkmalen und Prädicaten"[22]). .

Die Berücksichtigung des subjectiven Moments wird nach Krug da ausgeschlossen, wo die Handlung an sich schon Urheberschaft begründet: der Wille kann den Urheber nicht zum Gehilfen machen, dagegen kann umgekehrt der Wille den scheinbaren Gehilfen zum Urheber machen. Dies tritt bei Denen ein, welche ein Verbrechen gemeinschaftlich begehen[23]). „Jeder von ihnen hat den Willen und das Bewußtsein, daß die Anderen das, was sie thun, zugleich für ihn thun; dies liegt im Begriffe des gemeinsamen Handelns; und dieses subjective Verhältniß unter den Theilnehmern macht, daß

[22]) a. a. O. S. 89.
[23]) a. a. O. S. 87.

Jedem zugleich das, was die Anderen für ihn mit gethan haben, mit angerechnet, daß er also als Miturheber des Verbrechens betrachtet wird, wenn auch das, was er selbst zur Förderung der gemeinsamen — also auch seiner That — beigetragen hat, äußerlich nur als Beihilfe erscheint." ... Damit aber ist der Kreis der Miturheberschaft so weit ausgedehnt, daß für die Gehilfenschaft, wie uns scheint, kein deutlich begränztes Gebiet mehr übrig bleibt. Zudem ist es für unsere Erörterung wichtig, hervorzuheben, daß Krug anerkennt, es können allerdings unter Umständen[24]) der Gehilfe ebenso und noch mehr strafbar sein als der Urheber.

Auch Temme[25]) verlangt, es müsse zunächst die äußere Handlung betrachtet werden, und es sei von dem einfachsten Falle einer auf ein Individuum beschränkten That auszugehen. Dann erörtert er zwei Fälle: „Zuerst: Einer hat die ganze Handlung, die zur Hervorbringung des Verbrechens nöthig war, allein vorgenommen, und der oder die Anderen haben ihm nur dazu Hilfe geleistet, seine verbrecherische Handlung unterstützt. Zum Zweiten: Mehrere haben die zur Hervorbringung des Verbrechens erforderliche Handlung gemeinschaftlich vorgenommen." ... Vom letzteren Falle sagt er[26]): „Vor dem Rechte müssen die mehreren Mitthäter jeder Einzelne als der Thäter der ganzen verbrecherischen Handlung angesehen werden. Und so behandelt sie auch das positive Gesetz. Es ist hier der Begriff der Theilnahme, als eines gewollten Zusammenwirkens zu der verbrecherischen Handlung als einer gemeinsamen, entscheidend. Nur die äußere Thätigkeit des Einzelnen war nicht auf die Hervorbringung der ganzen Handlung gerichtet. Der Wille jedes Einzelnen war aber wohl darauf gerichtet, und zwar dahin, daß Jeder selbst durch seine eigene äußere Thätigkeit den einen Theil, der oder die Anderen aber durch ihre äußere Thätigkeit den oder die anderen Theile der Handlung hervorbringen sollten. Der gemeinsame Wille Aller war somit auch der Wille jedes Einzelnen, und dadurch machte jeder Einzelne auch die einzelnen Thätigkeiten der Anderen, mithin die ganze Handlung zu der seinigen. Der Wille jedes Einzelnen war die Seele der gesammten Thätigkeit Aller, also der ganzen Handlung. Einerseits ist die ganze Handlung nur durch ihre Theile,

[24]) S. oben Anm. 16.
[25]) Lehrbuch S. 333.
[26]) Daselbst S. 334.

durch die Thätigkeit Aller, also jedes Einzelnen, zu Stande gekommen. Jeder Einzelne ist also eine wirkende Ursache ihres Zustandekommens als eines Ganzen geworden. Andererseits hat dieses Zustandekommen gerade so wie es stattgefunden hat, in dem Willen jedes Einzelnen gelegen. Wille und That haben also einander vollständig gedeckt und die ganze Handlung, das volle Verbrechen, muß jedem Einzelnen zugerechnet werden. Der Begriff des Thäters steht hienach fest. Thäter ist, wer durch seine physische Thätigkeit diejenige Handlung ausgeführt hat, durch welche das Verbrechen hervorgebracht ist." ... Ueber den Gehilfen sagt Temme[27]): „Der Gehilfe muß den Thäter in dessen Ausführung der das Verbrechen herstellenden Handlung unterstützen. Die Ausführung dieser Handlung selbst verbleibt also lediglich dem Thäter, und die Handlung des Gehilfen ist von der des Thäters strenge dadurch gesondert, daß nur dieser die Handlung, welche das Verbrechen herstellt, ausführt, die Thätigkeit der Gehilfen aber in keiner Weise auch nur einen Theil dieser Handlung umfassen darf. So wie sie nur den geringsten Theil dieser Handlung enthielte, würde sie keine Beihilfe mehr, sondern Mitthäterschaft sein. Wer dem Diebe die Leiter hinstellt, ist nur noch Gehilfe. In einzelnen concreten Fällen kann hier die Gränzlinie zwischen Thäterschaft und Beihilfe eine kaum bemerkbar feine sein." ...

Minder bedeutsam gestaltet sich der Einfluß des objectiven Momentes nach der Auffassung Hälschner's[28]), welcher dasselbe nur negativ in gleicher Art wie den Versuch bezeichnet, indem er bemerkt, „daß die Handlung des Gehilfen nicht den vollen Thatbestand der vom Urheber begangenen strafbaren Handlung ergibt," daß sie „wesentlich eine helfende sei." Während also Krug und Temme und wohl auch Berner dem Urheber alle Momente der strafbaren Handlung vindicirten, begnügt sich Hälschner damit, daß auch nur eines derselben für ihn übrig gelassen werde; die Abgränzung bewirkt aber bei ihm das subjective Moment[29]) in doppelter Richtung, zunächst dadurch,

[27]) a. a. O. S. 349, 350.

[28]) Preuß. Strafrecht II. S. 324.

[29]) Hälschner ist daher in jeder Beziehung als der Antipode Luden's anzusehen; für diesen (Lehrb. S. 437) liegt der „Unterschied zwischen Theilnahme und Urheberschaft darin, daß die Handlungen, welche der Theilnehmer begehen will, mit der Existenz des Verbrechens nicht in wirklichem Causalzusammenhange stehen." Hälschner erklärt, „daß die Beihilfe doch nur als eine auf das beabsichtigte, vollendete Verbrechen ursächlich bezogene zugerechnet wird." Luden findet in subjectiver Beziehung keinen

„daß der Gehilfe mit der Absicht handelt, seine Thätigkeit als Mittel für die Verwirklichung einer fremden Absicht, der des Urhebers, dienen zu lassen;" ferner dadurch, „daß der Gehilfe die verbrecherische Absicht niemals aus sich selbst producirt hat, sondern daß er durch die bereits fertig gestaltete Absicht des Urhebers zu seiner Thätigkeit verleitet wurde, sei es, daß der Urheber durch Ueberredung einen verführenden intellectuellen Einfluß auf ihn ausübte, sei es, daß die bloße Anschauung der verbrecherischen Absicht oder Thätigkeit des Urhebers genügte, um ihn zur Beihilfe zu bestimmen" [29a]).

Die Heranziehung des zuletzt erwähnten psychischen Momentes begründet nun allerdings eine Erweiterung der bisherigen subjectiven Anschauungsweise; allein sie verlegt die Gränzlinie in ein für die Justiz fast unerforschliches Gebiet, während es doch sehr fraglich bleibt, ob es richtiger sei, das größere Gewicht auf den ersten Anstoß zum Verbrechen oder auf den letzten Entschluß zu legen. Für sich allein wird dieses Moment also den Ausschlag nicht geben können, und man wird daher wieder auf „die Absicht, seine Thätigkeit als Mittel für die Verwirklichung einer fremden Absicht dienen zu lassen" zurückgeleitet, welche aber selbst, wie gezeigt wurde, auf das objective Gebiet zurückführt.

Auf diesem Gebiete [30]) selbst aber liegt die Schwierigkeit darin, daß es nicht durchführbar ist, die „Handlungen, welche in den Kreis des Begehens fallen," für jedes Verbrechen der Art nach so zu kennzeichnen, daß die individuelle Thatsache sofort vermöge ihrer eigenen Beschaffenheit ohne Rücksicht auf die Thätigkeit Anderer untergeordnet werden könnte; die Haupthandlung wird immer nur etwas Relatives sein, und ein und derselbe physische Act wird bald als Haupthandlung bald als bloße Unterstützung angesehen werden, je nachdem sich neben ihm in entscheidender Weise ein absichtlich handelnder Mensch oder blos ein von Niemand beherrschtes Element wirksam zeigt. Handlungen,

rechtlichen Unterschied zwischen Urheber und Theilnehmer; der Urheber will sich seiner eigenen, der Theilnehmer der verbrecherischen Handlung eines Anderen bedienen. Hälschner dagegen legt gerade dorthin den Schwerpunkt.

[29a]) Beide Momente finden sich auch bei Bar: „Der Gehilfe will das Verbrechen, sofern ein Anderer . . . die Haupthandlung übernehmen werde, und zugleich so, daß er . . . sich als bewegendes Princip nicht erblickt . . ."

[30]) Im Gegensatz hiezu lassen die zwei neuesten Schriftsteller über österreichisches Recht (Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen S. 149 ff. Tolomei, Diritto penale [Padova 1863] p. 215 s.) unbedingt das objective Moment „die Art der Thätigkeit" entscheiden. Tolomei geht übrigens vom Begriff der unmittelbaren Ursache aus, und nimmt einen weitgehenden concorso fisico principale an.

welche der Verwirklichung des objectiven Thatbestandes sehr fern stehen oder einen sehr untergeordneten Einfluß darauf geübt haben, genügen um Urheberschaft zu begründen, sofern nur vorliegt, daß der Thäter das Bewußtsein der besonderen Umstände hatte, vermöge welcher selbst eine so entfernte und untergeordnete Thätigkeit ausreicht, ja wenn er auch nur in der Hoffnung handelte, daß dies der Fall sein könnte. Der Bahnwächter, welcher nicht dafür sorgt, daß der Zug auf das richtige Geleise gelange, steht eigentlich ganz außerhalb jener Verkettung von Ursachen und Wirkungen, welche unmittelbar die eintretende Zerstörung herbeiführen; wie entlegen und untergeordnet ist nun erst die Thätigkeit desjenigen, welcher ihn (etwa durch Gewalt oder Betäubung) davon abhielt, seine Pflicht zu thun? Und doch wird man ihn als Thäter, als Urheber des Verbrechens unbedenklich behandeln. Die Thatsache also, daß der Thäter durch Umstände unterstützt wird, welche von seiner Willkür nicht abhängen, die er nur benützen kann, ja daß solche Umstände den überwiegend größeren Theil des Werkes für ihn verrichten, hat darauf keinen Einfluß. Es ändert daran auch nichts, wenn die Thätigkeit eines die verbrecherische Absicht nicht theilenden Menschen zu der seinigen in demselben Verhältniß steht. Man kann also im Allgemeinen (von den Ausnahmen wird später zu sprechen sein) nicht sagen: Jedes Verbrechen setzt gewisse Thätigkeiten voraus, deren Vornahme ein für allemal dem Thäter, Urheber zufallen muß; derjenige, welcher diese Handlungen nicht selbst vornimmt, ist nicht Thäter, er kann nur der Gehilfe desjenigen sein, der sie vornimmt. Wenn das aber richtig ist, wie sollte der Umstand, daß der Mitwirkende ebenfalls in verbrecherischer Absicht handelt, an der objectiven Beurtheilung etwas ändern? Wenn man des Giftmords als Urheber schuldig werden kann, obgleich ein Anderer das Gift reichte, wie soll man (objectiv betrachtet) aufhören, Urheber zu sein, sobald jener andere im Bewußtsein handelt, bei einer Vergiftung mitzuwirken? — A und B nehmen eine und dieselbe für die Verwirklichung des Verbrechens an sich unzureichende Handlung vor. A rechnet dabei auf unterstützende Naturereignisse, auf die eigene Thätigkeit des Beschädigten oder auf die Mitwirkung eines Unschuldigen, B dagegen darauf, daß seine Thätigkeit durch die des in verbrecherischer Absicht handelnden C ergänzt werde. Wenn dies der ganze Unterschied zwischen A und B ist — was gibt dem letzteren einen Anspruch auf mildere Behandlung?

Man muß sich daher eingestehen:

Es ist der Wissenschaft bis jetzt nicht gelungen, die Merkmale der Urheberschaft und Beihilfe in einer Weise festzustellen, welche es der Praxis und der Gesetzgebung möglich gemacht hätte, eine deutlich erkennbare oder doch auch nur eine überwiegend anerkannte Gränzlinie zwischen beiden Gebieten zu ziehen; noch viel weniger aber ist es gelungen, worauf es doch praktisch vor Allem ankommt, das Gebiet der ordentlichen Strafe in einer in die Augen fallenden Weise abzustecken.

Solcher Stand der Dinge rechtfertigt wohl den Versuch, die Gränzmarke von der entgegengesetzten Seite her zu erreichen, d. h. die Frage so zu stellen: *In welchen Fällen erscheint die Betheiligung eines gegebenen Individuums an einem gegebenen Verbrechen als eine so untergeordnete, daß wegen dieses Verhältnisses allein unbedingt die Verhängung einer geringeren Strafe geboten ist, als welche das Gesetz für die Begehung dieses Verbrechens überhaupt bestimmt hat?* Wir meinen nun: derjenige, welcher zu dem existent gewordenen Verbrechen so steht, daß er ohne eine ausdrückliche, gegen Gehilfenschaft oder Theilnahme gerichtete Strafbestimmung überhaupt nicht gestraft werden könnte, für welchen also diese Strafbestimmung eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, *eine Erweiterung des Verbrechensbegriffes* über dessen natürlichen Umfang hinaus enthält, hat Anspruch auf eine principiell geringere Strafe. Es verhält sich darin mit der Gehilfenschaft wie mit dem Versuch. Wenn ein Gesetz sich darauf beschränken würde, das Verbrechen zu beschreiben und mit Strafe zu bedrohen, so müßte der Versuch straflos bleiben, denn kein Richter könnte denjenigen, welchem nur ein Versuch zur Last fällt, für schuldig erklären, *das Verbrechen* begangen zu haben. Ebenso mit der Gehilfenschaft. Es gibt Handlungen, welche nicht ausreichen würden, die Bestrafung als Thäter zu rechtfertigen, und welche erst durch eine allgemeine Regel über die Strafbarkeit der Beihilfe in den Kreis des Strafbaren hereingezogen sind.

Während aber beim Versuch am objectiven Moment des Thatbestandes etwas mangelt, ist bei der Beihilfe gerade der subjective Thatbestand mangelhaft.

Die Thätigkeit des Gehilfen besteht darin, daß er zum Existentwerden des Verbrechens etwas beiträgt, eine der Voraussetzungen desselben herstellt; hierin unterscheidet er sich nicht vom Thäter, denn auch dieser thut nicht mehr; auch dessen Thätigkeit bringt fast niemals für sich allein, sondern fast immer nur vermöge ihres Zusammenhanges mit anderen vom Thäter nicht gesetzten Thatsachen das Verbrechen hervor und es genügt für ihn immer, daß er eine der Voraussetzungen des Verbrechens hervorgerufen hat; es entschuldigt ihn nicht, wenn auch alle anderen durch den Zufall oder die Thätigkeit Dritter realisirt wurden; man wird immer nur fragen, ob die *eine* That, vermöge deren er mit dem Inslebentreten des Verbrechens zusammenhängt, eine absichtliche, culpose oder zufällige war?

Wann hat er aber absichtlich gehandelt? Versuchen wir es mit Vermeidung aller bestrittenen oder vieldeutig gewordenen technischen Ausdrücke, die Fälle zu präcisiren, in welchen sich die Frage mit allgemeiner Zustimmung bejahen läßt, und sprechen wir dabei der Kürze halber nur von jenen Verbrechen, zu deren Thatbestand ein bestimmter Erfolg gehört, so können wir folgende Fälle aufstellen [31]):

1. Der Thäter *will* das Eintreten des Erfolges; und er erwartet mit Bestimmtheit, daß die Handlung, die er zu unternehmen im Begriff steht, den Erfolg herbeiführen werde;

2. er will das Eintreten des Erfolges; *eben darum* (aus diesem Motiv) nimmt er die Handlung vor, ungeachtet es ihm zweifelhaft ist, daß sie den gewünschten Erfolg herbeiführen werde;

3. der Thäter erwartet mit Bestimmtheit, daß die Handlung, welche er aus einem zu dem Erfolg in keiner Beziehung stehenden Motive vornimmt, diesen — ihm gleichgiltigen — Erfolg herbeiführen werde.

In allen diesen drei Fällen ist die Handlung eine *absichtliche*; dagegen meinen wir, daß sie dies *nicht* sei, wenn

4. der Thäter die Handlung unternimmt, ohne *bestimmt* zu erwarten, daß der ihm *gleichgiltige* Erfolg aus derselben entspringen werde.

Betrachten wir nun aber die Fälle genauer, an welche man zunächst denkt, wenn von Beihilfe gesprochen wird, diejenigen namentlich,

---

[31]) Vrgl. die Ausführung oben S. 115 ff.

welche man unbedenklich zu allen Zeiten von der ordentlichen Strafe ausgenommen hat, so wird sich zeigen, daß die Willensrichtung des Gehilfen, wenn man sie auf das Existentwerden des Verbrechens bezieht, gerade der unter 4. gegebenen Beschreibung entspricht. Derjenige, der dem Dieb einen falschen Schlüssel liefert oder den Punkt erkundschaftet, wo ein Fenster erstiegen werden kann, der dem Mörder Waffen leiht, Gift bereitet u. s. w., — alle diese Personen unternehmen Handlungen, welche dem Thäter selbst schon objectiv überhaupt nicht oder nur in sehr untergeordneter Weise (je nachdem nämlich ein bestimmtes Strafgesetz die Vorbereitungshandlung für strafbar erklärt oder nicht) Bestrafung zuziehen könnten; jedenfalls aber ist seine Willensstimmung nicht diejenige, welche wir nach dem früher Angegebenen verlangen müßten, um eine That als in einer auf das Verbrechen gerichteten Absicht begangen, zurechnen zu können. Der Gehilfe hat nämlich, indem er sich zu solchen Handlungen entschließt, zwar Grund zu vermuthen, daß das Verbrechen werde begangen werden; allein so lange zwischen dem, was er selbst thut, und der wirklichen Ausführung des Verbrechens ein so weiter Zwischenraum liegt, wie in solchen Fällen die Regel ist, — so lange er weiß, daß die Ausführung von dem Entschluß eines Dritten abhängt, einem Entschluß, welcher vielleicht noch nicht gefaßt ist und welchen zu ändern jedenfalls von dem Belieben der Hauptperson abhängt: so lange muß man wohl sagen, daß der Gehilfe seine Handlung unternimmt, ohne bestimmt zu erwarten, daß der Erfolg eintreten werde. Wenn nun dieser Erfolg ihm gleichgiltig ist, wenn er kein Motiv hat, sein Eintreten zu wünschen, wenn die Endzwecke, welche er bei seiner That anstrebte, auch ohne Eintritt des Erfolges erreicht werden: dann ist die Behauptung, daß bei dieser seiner That seine Absicht auf Verwirklichung des verbrecherischen Erfolges gerichtet sei, unhaltbar geworden. Sobald aber dies einmal feststeht, kann man auch nicht mehr sagen, daß dasjenige, was ihm zur Last fällt, das Verbrechen sei; er kann vielmehr für dasselbe nur vermöge einer ausdrücklich die Strafbarkeit auf ihn ausdehnenden Satzung verantwortlich gemacht werden. Diese Satzung erscheint als eine Ausnahmsbestimmung, denn sie läßt zum Nachtheil des Gehilfen Bedingungen der Strafbarkeit fallen, welche zu Gunsten des Thäters aufgestellt sind. Man begnügt sich beim Gehilfen mit einer Art von unbestimmtem Vorsatz, mit welcher man sich beim Thäter nicht begnügen darf.

So lange die Beihilfe sich in diesen Grenzen hält, ist sie in Wahrheit ein Delict von wesentlich geringerer Art, als das Verbrechen, auf das sie sich bezieht, — sie mit der gleichen Strafe, wie dieses zu belegen, eine unverkennbare Ungerechtigkeit, welche nur da ertragen werden kann, wo sehr unbestimmte Strafsatzungen und ein weitgehendes Strafmilderungsrecht es dem Richter möglich machen, dem einzelnen Falle demungeachtet gerecht zu werden.

Sobald dagegen die bezeichnete Grenze überschritten ist, können wir zwischen dem angeblichen Gehilfen und dem Thäter einen specifischen Unterschied nicht mehr erblicken, müssen ihn vielmehr, sobald einmal überhaupt anerkannt ist, daß ein Verbrechen das gemeinsame Werk Mehrerer sein könne, als Mitthäter und der ordentlichen Strafe verfallen ansehen. Die Grenze wird jedoch überschritten, sobald vermöge des objectiven Sachverhaltes und des dadurch aufgedrängten Rückschlusses auf das Willensmoment oder vermöge einer sonst erkennbaren Modification des Willensmoments klar wird, daß auch die Willensrichtung nicht eine von der des Thäters specifisch verschiedene war. So wie nämlich die That des angeblichen Gehilfen dem strafbaren Thun Anderer nahe genug gerückt ist, um ihm die bestimmte Ueberzeugung zu bringen, daß das Verbrechen wirklich verübt werde, — oder so wie sich zeigt, daß ihm das Existentwerden des Verbrechens keineswegs gleichgiltig war, sondern daß er zu dem, was er that, gerade durch den Wunsch nach demselben bestimmt wurde: so fällt die Willensrichtung des Thäters, auf das Existentwerden des Verbrechens bezogen, in eine der früher unter 1. bis 3. bezeichneten Kategorien und wir sehen einen Mitthäter, nicht einen Gehilfen vor uns. Es sei gestattet, dieß durch einige Beispiele zu beleuchten: A und B sind in heftigem leidenschaftlichen Streit, der bereits in eine Rauferei ausgeartet ist, begriffen; B ist dem Unterliegen nahe und seine Wuth dadurch nur noch gesteigert; in diesem Augenblick reicht ihm C ein Messer; aus welchem Grunde sollte der Messerstich, der nun gegeben wird, ihm weniger als dem B zur Last fallen? — Räuber suchen in ein einsames Gehöft einzudringen; allein vergebens haben sie ihre Kräfte und Werkzeuge an Thüren und Fensterladen versucht; da öffnet ein rachsüchtiger Dienstbote heimlich die Thür. Hat er weniger als einer der Räuber die Vollbringung des Raubes gewollt? Praxis und Gesetzgebung haben vielfach, wie früher gezeigt wurde, den unmittelbar bei der Ausführung

der That geleisteten Beistand von dem Begriff oder doch von der milderen Behandlung der Gehilfenschaft auszunehmen gesucht; vielleicht ist es gelungen, den richtigen Grund hiefür zu finden, indem darauf aufmerksam gemacht wird, daß in solchen Fällen dem angeblichen Gehilfen der volle Dolus zur Last fällt, wie er in größerer Intensität auch nicht gefordert wird, um dem Thäter selbst die That zuzurechnen. Unbedingt gehören hieher jene Fälle, wo in Wahrheit die Haupthandlung selbst auf mehrere Personen vertheilt ist, nicht minder aber auch diejenigen, bei welchen über das Vorhandensein dieser letzteren Voraussetzung sich streiten läßt. Es seien hier zunächst jene Fälle der Tödtung in Erinnerung gebracht, in welchen die tödtliche Wunde selbst nur von einer Person beigebracht wurde, Andere aber diese That dadurch unterstützten, daß sie dem Angegriffenen jeden Widerstand unmöglich machten. Die Dirne, welche dem Vater ihres Geliebten, während Letzterer ihm eine Schnittwunde am Hals beibringt, den Arm hält, verdient unzweifelhaft die ordentliche Strafe, mag man nun auch seit 1818 darüber streiten, ob sie als Urheberin oder Gehilfin anzusehen sei [32]). Man vergleiche damit den anderen Fall des Vatermordes, wo der eine der beiden Brüder dem Vater die Schnittwunde beibringt, der andere aber dem Niedergeworfenen, nachdem er diesen vorher durch Zuschließen der Thüre am Entfliehen gehindert, die Füße hält, um ihm das Aufstehen und energischen Widerstand unmöglich zu machen [33]). — A wirft den zu Beraubenden nieder, B übernimmt es, seine Taschen zu leeren. A bricht den wohlverschlossenen Geldschrank auf, und überläßt die leichtere Arbeit, das Geld einzustecken und aus dem Hause zu bringen, dem B. Ein Diebstahl in einem Kaufladen wird in der Weise begangen, daß zwei Personen sich einfinden, deren eine die Aufmerksamkeit des Kaufmannes im entscheidenden Augenblick ablenkt, wo der andere verschiedene Gegenstände bei Seite bringt. — Es wäre leicht, aber überflüssig, die Aufzählung solcher Fälle zu häufen; sie kommen alle darin überein, daß der in zweiter Linie Thätige seinen Antheil an der Handlung in der bestimmten Erwartung vornimmt, das Verbrechen werde in's Leben treten. Die Bestimmtheit seiner verbrecherischen Absicht läßt sich so

[32]) Vrgl. Gönner und Schmidtlein, Jahrbücher d. Gesetzgebung I. S. 80. Henke, Handb. des Criminalrechts I. S. 287 u. 288. — Temme, preuß. Strafrecht, S. 334 Anmerk. 1).

[33]) Heuser, Entsch. des Criminalsenats des Oberappellationsgerichts zu Kassel II. S. 496 ff.

wenig in Abrede stellen, als die mörderische Absicht desjenigen, welcher ein Haus anzündet, wissend, daß ein darin Eingeschlossener nicht zu entrinnen vermöge. Es kann sein, daß jenem die Vollbringung des Verbrechens so gleichgiltig ist, als diesem der Tod des im Hause Eingeschlossenen, — daß, sowie Letzterem nur daran liegt, daß das Haus abbrenne, Ersterer nur den Hauptthäter zufriedenstellen, eine Belohnung von ihm erwerben wollte u. dgl.; allein der Eine wie der Andere hat gewollt, daß das Verbrechen in's Leben trete, er hat gethan, was er ohne diesen Willen hätte unterlassen müssen, und in dem einen wie in dem anderen Falle ist der Mangel eines unmittelbaren Interesse an dem verbrecherischen Ergebniß der eigenen Thätigkeit, der Abgang des normalen Motivs eher geeignet, die Strafbarkeit zu erhöhen als sie zu mildern.

Benützen wir das eben angeführte Beispiel, um den Uebergang zu der zweiten Classe der hieher gehörigen Fälle zu bilden! Wenn Derjenige, welcher ein Haus anzündet, nur vermuthet, daß sein Feind sich in demselben befinde, wenn er es nur für möglich hält, daß dieser mit dem Hause verbrennen werde, ohne mit Bestimmtheit darauf zu rechnen, so wird er — wenigstens da, wo nicht die Gesetzgebung durch positive Vorschrift den höchsten Grad der Culpa unter dem Namen der unbestimmten Absicht dem Dolus gleichgestellt hat — als Mörder nicht gestraft werden können, es wäre denn, daß sich zeigt, daß ihm der Tod des im Hause Befindlichen nicht etwa bloß gleichgiltig gewesen, sondern der Wunsch, ihn herbeizuführen, das oder vielmehr ein Motiv der Brandlegung war. Nach demselben Grundsatze muß aber auch derjenige beurtheilt werden, welcher Handlungen vornimmt, welche, objectiv betrachtet, sich allerdings nur als Acte der Beihilfe darstellen würden, dabei aber keineswegs sich gleichgiltig dagegen verhält, ob das Verbrechen wirklich existent werde, sondern gerade darum thätig ist, weil er selbst will, daß das Verbrechen vollbracht werde. Als das wichtigste *Mittel zur Constatirung dieses Seelenzustandes* erscheint nun allerdings der Nachweis eines selbstständigen Interesse an dem Verbrechen, wie ja überhaupt der *Beweis des Vorsatzes* vielfach vom Nachweis eines Motives abhängt. Der Sohn z. B., welcher dem Mörder seines Vaters die Thüre geöffnet hat, weil er früher in den Besitz der Erbschaft gelangen wollte, hat offenbar gewollt, daß das Verbrechen verübt und vollbracht werde, und *in diesem Willen*

hat er gehandelt. Wer das Gift bereitet und es einem Andern übergibt, von dem er sich versprechen läßt, daß er die Vergiftung vornehmen werde, befindet sich in demselben Fall und ist offenbar wesentlich verschieden von demjenigen, welcher das Gift etwa für eine Belohnung herbeischafft und es dabei dem Andern vollkommen anheimstellt, ob er das Verbrechen vollbringen wolle oder nicht. Wer dem Andern eine Leiter leiht, um ihm einen Diebstahl möglich zu machen, von dem kann man noch nicht sagen, daß er den Diebstahl gewollt habe; wer sich aber dafür einen Antheil am Gewinn des Diebstahls bedingt, kann diesen Willen unmöglich abläugnen.

Fassen wir das Resultat alles Vorstehenden in wenige Worte zusammen, so finden wir den Unterschied zwischen Thäter und Gehilfen darin: dem Gehilfen fällt in Bezug auf das Existentwerden des Verbrechens nur die sogenannte unbestimmte Absicht zur Last, während den Thäter wirkliche (wie man zu sagen pflegt, bestimmte) Absicht leitete, — *der Gehilfe handelt in dem Willen, daß das Verbrechen möglich, der Thäter in dem Willen daß es wirklich werde.*

Nur in *einem* Falle würde diese Abgrenzungsweise zu technisch unrichtigen Resultaten führen, wenn nämlich das Verbrechen vermöge einer Eigenthümlichkeit seines objectiven oder subjectiven Thatbestandes eine bestimmte Person als den eigentlichen Träger des Thatbestandes erscheinen läßt, so daß eine Vertheilung der Thäterschaft zwischen ihr und Anderen, eine Miturheberschaft, unmöglich ist; dies tritt ein:

1. Da, wo der Kern des Thatbestandes in einer ihrer Natur nach untheilbaren Handlung besteht, welche von den die That vorbereitenden, möglich machenden Acten specifisch verschieden ist (Bigamie, Ehebruch, Nothzucht, Inceſt, Zweikampf).

2. Bei Verbrechen, zu deren Thatbestand eine bestimmte persönliche Beziehung des Thäters gehört (Amtsverbrechen, Kindesmord, Bankerott).

3. Bei solchen, zu deren subjectivem Thatbestand *ein Zurückbeziehen eines gewissen Endzweckes auf die Individualität des Schuldigen* gehört (z. B. *Entführung*) [34]).

[34]) Die bloße Hinweisung auf das Erforderniß eines bestimmten Motivs genügt allerdings nicht, wie sich an dem vielerörterten Fall der Wegführung gestohlener Sachen für einen Anderen zeigt. (Vrgl. *Geyer*, Erörterungen S. 151; *Berner*, Grundsätze

In allen diesen Fällen werden Personen, die sich an dem Verbrechen mit dem Willen, daß es verübt werde, betheiligen, nur als Gehilfen bestraft werden können, weil eben nicht alle gesetzlichen Requisiten der Thäterschaft in ihrer Person zusammentreffen. Daraus folgt freilich nicht, daß sie nicht verdienen, mit der ordentlichen Strafe belegt zu werden.

Zu welchem Resultat würde es führen, wenn die Grenze zwischen Thäterschaft und Beihilfe in der früher beschriebenen Weise gezogen würde? Der Begriff der Beihilfe würde auf jene Fälle beschränkt, welche ihrer Natur nach einen unbedingten Anspruch auf wesentlich mildere Behandlung haben. Der Begriff der Thäterschaft oder vielmehr Miturheberschaft dagegen, würde in solcher Weise erweitert, daß er alle jene Fälle mit einschlösse, in welchen man mehr oder weniger constant Gehilfenschaft annahm, dennoch aber auf einem Umweg (durch eine Ausnahmsbestimmung oder durch Heranziehung der Complottheorie u. dgl.) zur Anwendung der ordentlichen Strafe gelangte. Diese Erweiterung fällt nach der einen Seite mit den positiven Resultaten der herrschenden subjectiven Anschauungsweise zusammen; in allen Fällen nämlich, in welchen diese Thäterschaft annimmt, weil der scheinbare Gehilfe das Verbrechen als das seinige will, wird dies auch nach der hier vertretenen Auffassung geschehen; allein die Begründung führt hier nicht zu der Consequenz, eine Handlungsweise, welche schon nach ihren objectiven Merkmalen Thäterschaft begründet, wegen des hier irrelevanten Motivs in das Gebiet der Beihilfe verweisen zu müssen. Andrerseits gibt es Fälle, in welchen, wenn man bloß das objective Moment ins Auge faßt, die Sonderung der Miturheberschaft von der Gehilfenschaft jedes festen Anhaltspunktes entbehrt, während hier ein solcher durch die Heranziehung des Willensmoments geboten wird.

Dieser letztere Vorgang scheint auf den ersten Blick allerdings zu großer Strenge zu führen; allein diese Strenge trifft durchaus nur solche Fälle, welche man zu allen Zeiten einer strengeren Behandlung würdig

§§. 46, 47). Dies wird gerade durch die Entgegenhaltung der Entführung vollkommen klar; es hat allerdings wesentlichen Einfluß auf die Beschaffenheit der That, ob der Entführer selbst geschlechtliche Zwecke verfolgt, oder einem Anderen zur Befriedigung derselben behilflich sein will, während es gleichgiltig ist, ob der Entwender die entwendete Sache in seinem Eigenthum behalten oder sofort, gleich einem Eigenthümer, über sie verfügen will.

fand, und wenigſtens in Bezug auf die Strafe der Urheberſchaft gleichſtellte, auch wenn man vermeinte, ſie unter dem Begriff der Gehilfenſchaft belaſſen zu müſſen. Es iſt dies für das ältere und zum Theil ſelbſt noch für das neueſte deutſche Recht ſchon früher nachgewieſen worden. Hier aber ſei es noch geſtattet, auf die merkwürdige Thatſache hinzuweiſen, daß man ſelbſt in jenen Ländern, wo Beihilfe und Thäterſchaft principiell derſelben Strafe unterworfen ſind, die Fälle, die wir hier im Auge haben, nicht unter den Begriff der Beihilfe zu bringen pflegt.

Das engliſch-amerikaniſche Recht hält noch gegenwärtig an ſeiner alten Eintheilung feſt, nach welcher zwiſchen Haupt- und Nebenperſonen (principals and accessories) zu unterſcheiden iſt. Bei den Nebenperſonen wird unterſchieden, ob ſie vor oder nach Verübung der That ſich betheiligt haben. Dieſe letztere Art der Mitwirkung, welche unſerer Begünſtigung gleichkommt, iſt allein von der ordentlichen Strafe ausgenommen [35]). Bei ſolcher Behandlung ſcheint eine genaue Abgrenzung zwiſchen Hauptſchuldigen und Gehilfen (wir ſehen auch hier wie überall von den Anſtiftern gänzlich ab) entbehrlich; dennoch ergibt ſich ſchon aus der angeführten Eintheilung, daß die bei der That Mitwirkenden nicht als accessories angeſehen werden, vielmehr geht durch dieſes ganze Rechtsgebiet eine Eintheilung der Hauptperſonen in Hauptſchuldige erſten und zweiten Grades. „Hauptſchuldiger im erſten Grade," ſagt Blackſtone, „iſt der Thäter oder eigentliche Vollbringer (absolute perpetrator) des Verbrechens; im zweiten Grade derjenige, welcher bei der Verübung der That helfend oder unterſtützend anweſend iſt. Für dieſe Anweſenheit wird nicht immer unmittelbares Danebenſtehen innerhalb Geſichts- und Gehörsweite gefordert; es gibt auch eine präſumirte (constructive) Anweſenheit, wie z. B. wenn der Eine Raub oder Mord begeht, der Andere in einer entſprechenden Entfernung Wache hält." Dabei iſt auch noch die neueſte engliſche Praxis ſtehen geblieben. „Anweſenheit im Sinne des Geſetzes," heißt es in der neueſten Ausgabe von Archbold's Pleading and Evidence [36]), „fällt demjenigen zur Laſt, welcher in der Abſicht, Beiſtand zu leiſten, wenn ein ſolcher nothwendig werden ſollte, ſich nahe genug hält, um dies zu können." Beiſpielsweiſe

[35]) Blackstone, Commentaries IV. ch. 3 (ed. 1770) p. 34—40. St. 24 et 25 Vict. c. 94 sect. 1, 4. Wharton, Criminal law of the United States I. Ch. 3. 2nd edition p. 16—74

[36]) XVth e by Ch. N. Welsby (London 1862) p. 5.

wird angeführt: wenn Mehrere an der Fälſchung einer Urkunde oder einer Banknote mitwirken, obgleich jeder in Abweſenheit des Anderen ſeine Handlung vornimmt, — der Secundant desjenigen, welcher einen Anderen im Zweikampf tödtet (nur darüber, ob auch der Secundant eines Gefallenen, wird geſtritten) — alle Perſonen, welche bei einem Preis-Fauſtkampf anweſend ſind, um demſelben zuzuſehen [37]).

Eine ähnliche, wenn auch tiefer begründete Ausdehnung des Begriffs der Mitwirkerſchaft findet ſich auch bei jenen franzöſiſchen und italieniſchen Schriftſtellern, welche die principielle Gleichſtellung der Gehilfen- und Urheberſchaft mißbilligen, und alſo im rein wiſſenſchaftlichen Intereſſe betonen. Das Cauſalitätsverhältniß iſt hier überall vorangeſtellt, und nicht ſelten wird die mildere Beſtrafung des Gehilfen damit motivirt, daß es von Wichtigkeit ſei, einen Keim der Zwietracht unter die Verbrecher zu ſtreuen. Wenn der eigentliche Thäter größere Gefahr laufe, werde es auch ſchwerer ſein, den Einzelnen zur Thäterſchaft zu beſtimmen. Beccaria, welcher dieſen Gedanken zuerſt ausſpricht, ſchließt aber diejenigen aus, welche an der Ausführung unmittelbar theilnehmen (esecutori immediati). Roſſi [38]), bezeichnet als codélinquants par participation physique im Gegenſatz zu Complices: 1. Ceux qui coopèrent à l'exécution du crime par un fait immédiat et direct, tous ceux qui font l'action criminelle. 2. Ceux qui, par un fait matériel, de quelque nature qu'il soit, prêtent une aide pour l'exécution du crime, telle que, sans leur fait, le crime, dans sa spécialité, n'aurait probablement pas été commis."

Ortolan [39]) ſagt: „La qualification d'auteur matériel peut être étendue encore à celui qui, sans avoir fait les actes constitutifs par

[37]) Archbold p. 6, 7; Wharton p. 63—69; Roscoe Law of evidence VIth. ed. London 1862 p. 168, 169.

[38]) Traité du droit pénal, L. II ch. 27 (Bruxelles 1852) p. 374. Als Beiſpiele führt Roſſi an: Denjenigen, der den zu Ermordenden zurückhält; den, der die Verletzung ſelbſt beibringt (celui qui retient; celui qui égorge). — der die Leiter hält — der die zu entwendenden Gegenſtände ergreift — der das Schloß erbricht — der ins Haus eindringt und entwendet — der die Zugänge bewacht — der die Pferde anhält — der mit dem Piſtol an der Wagenthür erſcheint und die Börſe fordert, und diejenigen die anweſend ſind, um die Zahl zu vermehren, um den Schrecken der Reiſenden zu ſteigern. Sie alle ſind nach Roſſi Mitthäter (codélinquants). — Chauveau und Hélie bemerken dazu, daß man denn doch unter den unmittelbaren Thätern wieder verſchiedene Abſtufungen der Kühnheit und Verderbniß, und ſomit der Strafbarkeit zu unterſcheiden habe. (Théorie du Code pénal Ch. XI N. 655 ed. Nypels I p. 224.)

[39]) Eléments de droit pénal L. I. part. II titre IV ch. 4 N. 1269 (XI. Ed. Par. 1859) p. 568.

eux-mêmes du délit, en a fait de tellement nécessaires à la production de ce délit qu'ils font partie essentielle de l'exécution, et que sans eux cette exécution n'aurait pu avoir lieu: par exemple, à celui qui a tenu la victime et qui l'a empêchée de fuir ou de se défendre pendant qu'un autre la frappait ou la dépouillait, à celui qui a placé l'amas de poudre et la mèche destinés à faire sauter un édifice, ou l'amas de matières inflammables destinées à l'incendier, quoique ce soit un autre qui y ait appliqué le feu; en un mot à celui qui a fait une action tellement nécessaire à la production du délit, qu'on est autorisé à la qualifier de cause efficiente, cause productrice de ce délit. — Cette détermination est moins arrêtée, moins précise que la précédente; elle demande une appréciation dont la loi ne peut que poser le principe régulateur, et que la juridiction seule est à même de faire dans chaque cause."

Carmigniani[40]) beruft ſich auf das engliſche Recht als auf eine Beſtätigung ſeiner auf aprioriſtiſchem Wege gewonnenen Reſultate, und in der That begegnen wir auch bei ihm der Eintheilung in delinquenti principali et accessorii; auch er verweiſt den Anſtifter in das Gebiet der complicità, hinſichtlich welcher er die Zeitpunkte vor, während und nach der That unterſcheidet. Allein Carmigniani bringt das, was er „complicità" nennt, unter den Geſichtspunkt des Verſuches; der Hauptſchuldige iſt ihm derjenige, welcher den Act der Vollendung des Verbrechens auf ſich nimmt; unter der Complicität vor der That ſcheint er ſich nur intellectuelle Mitwirkung und erſt bei der gleichzeitigen Complicität Fälle der Gehilfenſchaft zu denken; hier nun bezeichnet er Complicität als „einen Act phyſiſchen Zuſammenwirkens mit demjenigen, welcher die Vollendung des Verbrechens auf ſich genommen hat;" das Charakteriſtiſche der Gehilfenſchaft findet er darin, daß dieſelbe eine acceſſoriſche und eine Verſuchshandlung ſei. Auch die Gehilfenſchaft begründet nach ihm ſchon eine Società reale; dieſe iſt von der Società convenzionale, welche durch eine der That vorausgehende Verabredung begründet wird, nur darum zu unterſcheiden, weil bei letzterer der Fall eintreten kann, daß Einzelne an der Verabredung, aber nicht an der Ausführung theilnehmen; für diejenigen Perſonen dagegen, welche ſich an der That im Augenblick, wo ſie verübt wird, betheiligen, fällt jeder Anlaß zu dieſer Unterſcheidung weg. Schon hieraus ergibt

[40]) Teoria delle leggi di sicurezza sociale II cap.: 17—20 (Pisa 1831). p. 362—401.

sich, daß mindestens für die nahe Betheiligung auch Carmignani dieselbe Strafe, wie für die Thäterschaft in Anspruch nimmt. Gegen Beccaria polemisirend bemerkt er: „Haben die Zusammenwirkenden einmal die Bresche eröffnet, so daß sie nur durch einen kurzen Zwischenraum von der Vollendung des Verbrechens getrennt sind, dann verschwindet jeder Grund zur milderen Bestrafung des Gehilfen und der unauflösliche Zusammenhang der verbrecherischen Thätigkeit gestattet nicht mehr, Tarquiniuspolitik zu treiben, indem man die hervorragenden Köpfe abschneidet und die niedrigen verschont."

In der That sehen wir auch in neueren italienischen Gesetzen die unmittelbare Mitwirkung bei der Ausführung vom Gebiet der Gehilfenschaft ausgeschlossen. So das deutsche Arbeiten vielfach berücksichtigende toskanische Strafgesetz, wo es im Art. 49 heißt: „É autore del delitto chiunque l'ha eseguito, od ha cooperato direttamente alla sua esecuzione ..." Als Gehilfen (ausiliatore) bezeichnet Art. 55 mit ausdrücklichem Vorbehalt der eben erwähnten Fälle nur denjenigen, welcher

a) einen Anderen in seinem verbrecherischen Einfluß bestärkt, oder

b) ihm die Mittel hierzu angiebt oder liefert, oder indirect die Ausführung erleichtert; oder

c) in Folge vorausgegangenen Verbrechens nach der That Beistand leistet.

Nicht minder bestimmt zeigt sich dieselbe Richtung im sardinisch-italienischen Strafgesetz von 1859, dessen Art. 102 als Hauptschuldige (agenti principali) neben dem Anstifter aufführt: „Diejenigen, welche unmittelbar zur Ausführung des Verbrechens mitwirken oder in dem Augenblick, wo es vollzogen wird, zur Vollbringung wirksamen Beistand leisten." („coloro che concorreranno immediatamente con l'opera loro alla esecuzione del reato, o che nell'atto stesso in cui si eseguisce presteranno aiuto efficace a consumarlo.")

Doch es ist Zeit, diese Anführungen zu schließen; sie haben natürlich keine unmittelbar beweisende Kraft; allein sie zeigen doch, daß man auf den verschiedensten Wegen zu dem Resultate gelangt, welches sich bei der vorausgehenden Untersuchung herausgestellt hat, — einem Resultate, das vielleicht dazu beitragen könnte, nicht bloß theoretische Differenzen zu beseitigen, sondern selbst den Gegensatz der beiden legislativen Systeme, welche in dieser Beziehung in Deutschland einander gegenüber stehen, aufzuheben.

VII.

Zur Lehre von der Miturheberschaft.

Zur Lehre von der Miturheberschaft.

(Allg. Gerichtszeit. für das Königreich Sachsen, 1865, S. 321 ff.)

Es ist bekannt genug, wie weit man noch davon sei entfernt, feste und allgemein angenommene Gesichtspunkte für die Sonderung der verschiedenen Formen der Betheiligung Mehrerer an demselben Verbrechen gewonnen zu haben. Immerhin aber sind in neuerer Zeit sehr wesentliche Schritte zur Aufklärung wichtiger Vorfragen geschehen und als einen der wichtigsten unter diesen Schritten glaube ich es bezeichnen zu dürfen, daß dem Begriffe der Miturheberschaft größere Aufmerksamkeit als früher zugewendet wird. Ich bin nämlich der Ansicht, daß durch ungezwungene Entwicklung der im Begriff der Miturheberschaft liegenden Momente die Abgrenzung der Beihilfe von der Thäterschaft wesentlich erleichtert werden könnte; und daß andererseits gerade dadurch diese so schwierige und controversenfruchtbare Aufgabe auf dasjenige beschränkt würde, was gefordert werden muß, wenn die Strafrechtspflege sich gleich fern von ungerechter Gleichstellung wesentlich verschiedener Fälle und von unnatürlicher und darum dem Volke unfaßbarer und dem moralischen Erfolge des Strafurtheils abträglicher Künstelei halten soll. Vielfach mit diesem Gedankengange beschäftigt, dem ich erst kürzlich an einem anderen Orte[1]) Ausdruck zu geben versuchte, mußte ich mich durch einen Rechtsfall, der nach der freundlichen Mittheilung eines verehrten Freundes kürzlich in der königlich sächsischen Spruchpraxis zum Austrag zu bringen war, lebhaft angeregt fühlen; und ich kann der Versuchung nicht widerstehen, hier einige Betrachtungen an diesen Rechtsfall zu knüpfen.

Der Fall ist folgender: A. und B. sind Lehrlinge bei dem Kaufmann C. A. holt täglich in Folge allgemeinen Auftrags und der für ihn bei der Postbehörde durch seinen Prinzipal gegebenen Legitimation für letzteren auf der Post die eingegangenen Briefe, auch Geldsendungen, ab

[1]) Ueber Thäterschaft und Beihilfe, oben S. 129 ff.

und übergibt sie sodann dem Comptoiristen. B. hat hiemit gar nichts zu thun. A. macht B. den Vorschlag, einige Briefe zu unterschlagen und das Geld für sich zu behalten; B. willigt ein. In Folge dessen übergibt A. die Geldbriefe dem B.; man wählt, welche zu unterschlagen seien; B. öffnet sie, nimmt und vertheilt das Geld zwischen A. und B.; B. vernichtet sie sodann — alles in Ausführung des gemeinschaftlichen Beschlusses.

Es bedarf nicht erst einer Bemerkung, daß es bei dieser Sachlage nur die Behandlung B.'s sei, welche Schwierigkeiten bereitet. So wie die Sache liegt, ist A. unzweifelhaft der Unterschlagung als Urheber schuldig.

Dennoch wird es nicht ohne Interesse sein, einen Augenblick bei ihm zu verweilen und zu untersuchen, wie bei etwas veränderter Sachlage über ihn zu entscheiden wäre. Nehmen wir an, A. hätte nichts von dem unterschlagenen Gelde erhalten, Alles B. überlassen. Damit stehen wir vor einer Gestaltung der Sache, welche sehr häufig schon besprochen wurde. Der Fall, den man gewöhnlich voraussetzt, ist eben der einer bloßen Connivenz des vom Eigenthümer verschiedenen Detentors zu der Entziehung der Sache durch einen Dritten. Ueber diesen Fall ist in dreifach verschiedener Weise entschieden worden:

a) Ganz vereinzelt ist die Ansicht Heffters[2]), welcher hier eine „betrügerische Collusion in necem alterius," einen Fall des Stellionates sieht.

b) Andere finden den Dritten, der sich mit Zustimmung des Detentors, wissend, daß dieser nicht berechtigt sei, über die Sache zu verfügen, derselben bemächtigt, des Diebstahls schuldig, und werden daher den Detentor wohl nur als Gehilfen des Diebstahls ansehen können. Zu dieser Ansicht bekennen sich zwar Manche aus Gründen, welche keine allgemeine Geltung in Anspruch nehmen können[3]), doch fehlt es nicht

[2]) Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts (VI. Aufl.) §. 495, Nr. 4. Tittmann, Handbuch (1. Aufl.) III. 192 (§. 449) schließt Diebstahl entschieden aus; läßt aber dahingestellt sein, ob „Betrug oder Unterschlagung u. dgl."

[3]) So Feuerbach, Lehrbuch (§. 318 Nr. 1), welcher überhaupt nicht zwischen Diebstahl und Unterschlagung unterscheidet. Zu beachten ist nur, daß hier trotzdem der Dritte, welcher sich an der Sache „diebisch vergreift," wie sich Klien ausdrückt, die Hauptperson bleibt. Zu derselben Ansicht bekennt sich Schlüter unter dem Einflusse der eigenthümlichen Fassung des Begriffes des Diebstahls im §. 279 des hannover'schen Criminalgesetzes, speciell der Worte „ohne Einwilligung des Berechtigten" (der Ausdruck findet sich schon bei Klein, Grundsätze, §. 427). Siehe jedoch gegen denselben

an Solchen, welche die Entscheidung in der Natur der Sache überhaupt begründet finden[4]). Der Grund kann nur darin liegen, daß die rechtlich ungiltige Einwilligung des Detentors an der rechtlichen Natur der Handlungsweise des damit Bekannten nichts ändern könne. Es „liegt auf der Hand", heißt es in den Motiven eines in diesem Sinne ergangenen Erkenntnisses des k. Ober-Appellationsgerichtes zu Dresden vom 29. September 1862[5]), „daß der Inhaber einer fremden Sache nicht

v. Bothmer, Erörterungen I. 102. Leonhardt II. 309, Anm. 11. — Vom Standpunkt des römischen Rechts ist unbedenklich furtum anzunehmen. Vrgl. Köstlin, Abhandl. S. 201, Anm. 4.

[4]) So die Motive zum württembergischen Entwurfe des Strafgesetzes, welche allerdings bei der ständischen Berathung bekämpft wurden. (Hufnagel, Commentar über das Strafgesetzbuch II. 304). Ferner Martin, Lehrbuch (2. Aufl.) §. 144, S. 328, 329; Salchow, Entwicklung des Verbrechens der Entwendung §. 4, S. 15; endlich Weiß, Sächs. Criminalgesetzbuch III. 32: „Sind die Personen des Eigenthümers auf der einen und des Inhabers der vom Diebe entwendeten Sache auf der anderen Seite verschieden, so ist ein Diebstahl allerdings nur dann anzunehmen, wenn keiner von Beiden in die Wegnahme der Sache willigte, oder wenn dem Diebe bekannt war, daß der Inhaber nicht einwilligen konnte. Wenn z. B. ein Landmann A., welcher Getreide in eine Stadt geschafft hat, den damit beladenen Wagen, während er andere Geschäfte zu besorgen hat, dem B. übergibt, hierauf aber C., welcher dieses Verhältniß kannte, den B. beredet, daß er ihm gestatte, Getreide von dem Wagen zu nehmen, so begeht C. einen Diebstahl, ungeachtet er die Einwilligung des Inhabers des sich widerrechtlich zugeeigneten fremden Eigenthums gesucht und erlangt hatte; vrgl. die Bemerkung in Schüler's Beiträgen zur Beurtheilung des Criminalgesetzbuches, S. 74 ff. Dagegen würde in dem angenommenen Falle B., auch wenn er von dem dem C. widerrechtlich überlassenen Getreide Gewinn zog, keinen Diebstahl, sondern eine Veruntreuung begehen. Eine andere Ansicht wäre dann zulässig, wenn B. dem C., der das Sachverhältniß kannte, mithin wußte, daß dem B. das Getreide des A. blos zur Beaufsichtigung anvertraut war, einen Theil davon übergab. In diesem Falle würde die Frage entstehen, ob C. nicht bloß als Partierer anzusehen sei, da ein Erforderniß des Diebstahls, die eigenmächtige Wegnahme einer fremden Sache aus dem Besitze des anderen, fehle." Dieser Ansicht schließt sich auch v. Egidy (das Verbrechen des Diebstahls, S. 12) an.

[5]) Allgem. Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen ꝛc. VI. 435, 436. Allerdings ist dieser Grund nur nebenher geltend gemacht und das Hauptgewicht ruht wohl (Krug, Ergänzungen II. 26) darauf, daß der angebliche Detentor (es war ein Wächter) gar nicht als solcher anerkannt wird. Aus dem gleichen Grunde kam die uns beschäftigende Frage in einem ähnlichen Falle, wo ein bei der Eisenbahn Angestellter Gegenstände, die an der Bahn lagerten, ihm aber nicht speciell überantwortet waren, durch einen Anderen hatte wegführen lassen (Ger. Ztg. VIII. 66, 67) und in einem dritten Fall, wo der Knecht von dem auf dem gemeinsamen Gesindetisch liegenden Brotlaib ein Stück abgeschnitten und es einem Fremden gegeben hatte (Ger. Ztg. IV. 309) nicht zum Austrag. In allen diesen Fällen wurde wegen Mangels der Innehabung Diebstahl angenommen; was jedoch über denjenigen geurtheilt wurde, welcher die ihm durch den Wächter u. s. w. gebotene Gelegenheit benutzte, ist aus keinem dieser Berichte zu ersehen. In dem im Texte erwähnten Falle, so wie in jedem, wo sich der scheinbare Detentor passiv verhielt, erscheint als Dieb (Haupthäter) der Dritte, der sich seine Einwilligung zu Nutze machte; wo aber jener in einer mehr als activen Weise eingreift, wird er wohl als der Hauptschuldige behandelt werden müssen, und dann entsteht eben die Frage, ob der Andere Hehler (Partierer), ob er Gehilfe oder Miturheber sei?

durch sein Handeln im Einverständniß mit dem Diebe hinter dem Rücken des Eigenthümers sich zu dessen Complicen gemacht haben muß, wenn seine Einwilligung zur Wegnahme der Sache dem letzteren nach Maßgabe der oben angezogenen gesetzlichen Bestimmung (Art. 272 des St.G.) zu Statten kommen soll. Sobald dem Diebe bekannt war, daß der Inhaber nicht einwilligen konnte und derselbe diese Einwilligung überhaupt nur darum zu erlangen gesucht hat, um seine auf widerrechtliche Aneignung der fremden Sache gerichtete Absicht ungestört und desto sicherer verfolgen zu können, weist schon der vorhandene subjective Thatbestand darauf hin, daß in der Betheiligung des Mitinhabers der Sache kein Grund liegt, den Begriff des Diebstahls in dergleichen Fällen für ausgeschlossen zu halten."

c) Allein die weitaus überwiegende Ansicht geht dahin, daß in einem solchen Falle nicht ein Diebstahl des Dritten, sondern eine Unterschlagung, zunächst verübt von dem Inhaber der Sache, vorliege. Es ist „nur eine Unterschlagung vorhanden," sagt Klien[6]), „wenn Cajus mit dem Sempronius sich vereinigt und dieser seine Einwilligung zur Wegnahme der von ihm detinirten Sache gibt, um sie dem Eigenthümer zu entziehen." Allein wenn nun Klien fortfährt: „sei nun Sempronius physischer oder bloß intellectueller Theilnehmer der Handlung," so ist mit dieser dubitativen Fassung schon hinlänglich angedeutet, wie viel weniger Sicherheit über diesen Punkt unter den Vertretern dieser Ansicht, die man als die herrschende anerkennen muß[7]), bestehe. Nur bemüht, die Reinheit des deutschrechtlichen Begriffes des Diebstahls zu wahren, begnügen sich die Meisten, den Erwerber der Sache vom Diebstahl freizusprechen, den Inhaber der Unterschlagung schuldig zu erklären, ohne das gegenseitige Verhältniß dieser beiden Personen näher zu erörtern. In der württembergischen Kammer wurde der Erwerber als Miturheber der Unterschlagung bezeichnet; Temme legt ihm Beihilfe zur Unterschlagung zur Last; Frühwald meint, es würde sich für

[6]) Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 279.

[7]) Anmerkungen zum bair. Strafgesetzbuch II. 101, 102. Wächter, Lehrbuch II. 285. Henke, Handbuch II. 410. Die bei Hufnagel, II. 504, angeführte Erklärung in der württembergischen Abgeordnetenkammer. v. Bothmer a. a. O. Leonhardt a. a. O. Marezoll, Lehrbuch (3. Aufl.) S. 470, Anm. 2. Dollmann, Entwendung S. 110. Köstlin, Abhandlungen S. 401, Anm. 4. Goldtammer, Materialien II. 468 Temme, Lehrbuch S. 904. Frühwald, österr. Strafgesetz §. 171, II. 2. Herbst, Handbuch §. 171, S. 311 (3. Aufl. I. S. 339). Krug, Strafgesetz Art. 272 Nr. 4 (2. Aufl., S. 165); Ergänzungen II. 27.

ihn „eine andere Gesetzübertretung, z. B. Mitschuld oder (nachfolgende) Theilnahme an einer Veruntreuung oder einem Betruge nach den Umständen des Falles herausstellen." Herbst: „Die Handlung kann Mitschuld oder Theilnahme an einer Veruntreuung oder einem Betruge, oder Theilnehmung am Diebstahle oder der Veruntreuung begründen," d. h. entweder Mitschuld durch vorausgehende Verabredung einer Betheiligung an den Vortheilen des Verbrechens, oder blos nachfolgende Theilnahme (Hehlerei, Partiererei). — Am klarsten spricht sich aber Krug aus. Die Entwendung, mit Einwilligung des Eigenthümers oder Detentors wird, wenn dieser zur Veräußerung der Sache kein Recht hatte, „zur Theilnahme an demjenigen Verbrechen, welches der Eigenthümer oder der Inhaber der Sache durch Veräußerung derselben begeht" [8]).

Jedenfalls wird man es nun auffallend finden, daß, je nachdem man das Verhältniß der Innehabung als vorhanden ansieht oder nicht, nicht nur die Hauptperson zur Nebenperson wird und umgekehrt, sondern daß auch, in jenen Fällen, wo schon der der Sache näher Stehende als Hauptperson angesehen wird, wenn Diesem Diebstahl angerechnet wird, der andere als Hehler, Partierer, kurz als Theilnehmer nach der That angesehen wird, während er, bei übrigens gleichem Verhalten, als Theilnehmer im eigentlichen Sinne, als Gehilfe behandelt wird. — Dies führt uns, da wir, um vom Gegenstande nicht allzuweit abzuschweifen, uns an den Fall halten wollen, wo Unterschlagung angenommen wird, zur Erörterung der Frage, worin eigentlich das Wesen, der Kern des dem Inhaber zur Last liegenden Verbrechens zu suchen sei.

Das Wesen der Unterschlagung liegt in der rechtswidrigen Zueignung der detinirten Sache. Das Verbrechen ist erst in dem Augenblicke vollendet, wo ein Act der Aneignung, eine Handlung stattgefunden hat, welche den Willen, die Sache zu behalten, dem Berechtigten definitiv vorzuenthalten, deutlich ausdrückt, „die Behandlung der Sache als der eigenen enthält," wie Temme [9]) sagt. Wenn nun der Inhaber den

[8]) A. a. O. S. 186. Vrgl. damit S. 104 und Ergänzungen II. 27: „Der wirkliche Detentor begeht, wenn er einwilligt, eine Unterschlagung, und derjenige, der dessen Einwilligung zur Aneignung einer Sache benutzt, wird Complice dieser Unterschlagung."

[9]) Lehrbuch S. 950. Vrgl. Marezoll, Lehrbuch S. 506. Wächter, Lehrbuch II. 340. Mittermaier zu Feuerbach § 315a D. Vrgl. dessen Abhandlung, Annalen VII. 1 ff., zumal 31. Köstlin, Abhandl. S. 340 und 341. Berner, Lehrbuch (3. Aufl.) S. 301. Zachariä, die Lehre vom Versuche I. 73 (speciell vom Anbieten der Sache zum Verkauf). Weiß II. 213, Nr. 13. Krug zu Art. 287, Anm. 4 (S. 209). Scholz III., Bemerkungen, das Vergehen der Unterschlagung betreffend (Altenburg 1841), S. 11.

Willen hat, die Sache ganz in die Disposition des Dritten gelangen zu lassen, in welchem Momente ist das ihm zur Last liegende Verbrechen vollendet? Was ihm zur Last fällt, ist die Verfügung über die Sache, die Veräußerung derselben, welcher ein Act der Aneignung vorausgegangen sein *kann*, aber nicht vorausgegangen sein muß. Ist Ersteres geschehen, hat z. B. der Inhaber durch Beseitigung von Zeichen, welche das Eigenthumsverhältniß erkennen ließen, durch Entfernung der Sache von jenem Orte, wo sie bei redlicher Verwahrung hätte bleiben müssen, durch Abläugnen der Innehabung u. dgl. sich als Eigenthümer gerirt und erst später die Sache an einen Anderen übertragen, so ist klar, daß letzterem nur Hehlerei zur Last falle. Liegt aber die strafbare Handlungsweise einzig und allein in der stillschweigenden oder ausdrücklichen Gestattung der Aneignung der Sache seitens des Dritten, so trägt man mit Recht Bedenken, bei letzterem Hehlerei (Partiererei) anzunehmen, da seine Thätigkeit der Zeit nach mit der des Inhabers zusammenfallen muß, indem die Uebertragung der Sache für den Einen, die Uebernahme für den Andern sein strafbares Handeln ausmacht. Schon da wird man es auffallend finden müssen, daß bei einem Delict, dessen Wesen darin besteht, daß dem Eigenthümer seine Sache entzogen wird, zu dessen subjectivem Moment derselbe animus lucri faciendi gehört, wie zum Diebstahl, derjenige als die Hauptperson erscheint, welchem solche Willensrichtung nur durch eine weitgehende Fiction beigemessen werden kann [10]) und welcher zur Verwirklichung des objectiven Momentes des Verbrechens wahrlich nicht die Hauptsache beiträgt. Die Hauptsache für den der Sache Beraubten liegt doch wohl in dem, was geschieht, in der Aneignung seitens des Dritten, nicht in dem, was diese nur möglich macht [11]). Nun

[10]) Die bekannte Aeußerung von Gajus (L. 54 D. de furtis): Species lucri est, ex aliena largiri et beneficii debitorem sibi acquirere; unde et is furti tenetur, qui rem uni amovet, ut eam alii donet — paßt doch wohl nur auf denjenigen, welcher dem Beschenkten die Meinung beibringt, er empfange ein Geschenk; und die Erlaubniß, ein Verbrechen zu begehen, kann man wohl nicht als Geschenk ansehen!

[11]) Einen interessanten Beitrag liefert folgender Rechtsfall (Erkenntniß des preuß. Obertribunals vom 9. November 1859, Goltdammer, Archiv VIII. 112): A. hatte Gelder, die ihm anvertraut waren, an B., der mit diesem Umstande bekannt war, verspielt. B. ward als Theilnehmer nach §. 34, Z. 2, des preuß. St. G. (also als Gehilfe) verurtheilt. Man ging dabei von der Annahme aus, daß „die von A. verübte Unterschlagung erst mit der Auszahlung des Verlustes und mit der Annahme des bezahlten Geldes seitens des Gewinners vollendet wurde." Ich glaube nun allerdings, daß derjenige, der fremdes Geld auf's Spiel setzt, sich dasselbe schon dadurch aneigne und daß also bei der Auszahlung des Gewinnes die Unterschlagung bereits vollbracht war und von B. nur mehr Hehlerei verübt werden konnte. Ist man aber der entgegengesetzten

kann man sich aber sogar den Fall denken, daß der Act der Aneignung auf Seite des Dritten zeitlich getrennt sei von dem der vermeintlichen Uebertragung auf Seite des Inhabers. Der Inhaber gibt dem Dritten zu verstehen, daß die Sache, welche sich in seiner Inhabung befinde, ihm zur Verfügung stehe; nun geschieht es aber, daß längere Zeit vergeht, ehe dieser von der ihm ertheilten Ermächtigung Gebrauch macht. Wie steht es in der Zwischenzeit? Wenn man auch im Allgemeinen Krug beistimmen wird, daß die Gestattung der Ansichnahme nach streng civilrechtlichen Grundsätzen der Uebergabe gleichkomme, so kann man doch nicht so weit gehen, dieser rechtswidrigen Gestattung allein, so lange ihr keine thatsächliche Veränderung folgte, eine rechtliche Wirkung beizulegen. In der Zwischenzeit also, so lange die Sache thatsächlich in statu quo bleibt, ist sie noch nicht übertragen, das Verbrechen gewiß nicht vollendet, ja streng genommen, weil die Vollendung hier von der freien Thätigkeit eines Dritten abhängt, und somit nicht unter das Gesetz der Causalität fällt, gar nicht versucht. Hier zeigt es sich also deutlich, daß das Thun des Inhabers ein strafbares erst durch das Hinzutreten der Thätigkeit des Dritten wird, jedenfalls zur Vollendung des Verbrechens der Unterschlagung letzterer das Hauptsächlichste beiträgt, den Kern des Delictes, dasjenige, wodurch die Sache dem Berechtigten entzogen wird.

Wie läßt es sich nun rechtfertigen, diese Thätigkeit als bloße Gehilfenschaft zu behandeln? Hat sie wirklich einen nur secundären Charakter? Können jene, welche es als Merkmal des Gehilfen aufstellen, daß er das Verbrechen nicht als das seinige gewollt habe, hier Beihilfe annehmen? Können es Jene, welche auf die Haupthandlung sehen? Kann man es zumal unter der Herrschaft eines Gesetzes, welches als Gehilfen denjenigen betrachtet, welcher „bei einem nicht von ihm, sondern von Anderen beschlossenen Verbrechen vor oder bei der Ausführung mitgewirkt — ohne jedoch den Entschluß zur That zu dem seinigen zu machen?“ Man denke nur an den Fall, wo der Inhaber erst nach vielfachen Bemühungen des Dritten bewogen wird, zu dessen Besitzergreifung seine Zustimmung zu geben; ist es hier nicht eine Umkehr des na-

Ansicht, dann konnte die Unterschlagung nur durch den einheitlichen Act der Zahlung und Annahme — denn jene ist ohne diese nicht denkbar — vollendet werden. Kann man nun denjenigen, der ein unerläßliches Moment der Haupthandlung wissentlich (und im eigenen Interesse) setzt, ohne der Sprache Zwang anzuthun, als einen solchen bezeichnen, welcher durch wissentliche Hilfe zur Vollendung der Hauptthat mitwirkt?

türlichen Verhältnisses, wenn der Träger, die Seele des verbrecherischen Unternehmens, als Gehilfe erscheint?

Man wird kaum bestreiten, daß es viel befriedigender wäre, wenn die technische Natur des Verbrechens eine vollständige Umkehrung des Verhältnisses, wenn sie gestatten würde, den Dritten als Thäter, den Inhaber als Gehilfen zu behandeln, und daß schon die Gleichstellung Beider unter dem Gesichtspunkte der Miturheberschaft nicht ganz frei von Fiction sei.

Von jenem Falle, welcher den eigentlichen Gegenstand unserer Erörterung bildet, läßt sich nicht dasselbe sagen; um so deutlicher aber scheinen mir in dem Verhalten B.'s die Merkmale der Miturheberschaft ausgeprägt zu sein; denn es liegt ein durchaus gemeinschaftliches und, von einem Momente abgesehen, auch gleichartiges Handeln beider Schuldigen vor. Besonders eigenthümlich aber ist das Ineinandergreifen der Thätigkeit Beider, welches sich eben so entschieden der Annahme der Gehilfenschaft wie der Hehlerei widersetzt. Denn B. wäre ein Gehilfe, welcher das Ergebniß des Verbrechens unmittelbar in Empfang nimmt und theilweise für sich behält, der also, was er that, nicht für einen Anderen und ganz gewiß nicht blos für einen Anderen, sondern für sich selbst that. Er wäre ein Hehler, welcher, statt daß ihm nach vollbrachtem Verbrechen vom Thäter das Ergebniß desselben mitgetheilt würde, gerade umgekehrt der Erste ist, der den Gewinn in Händen hat und dem Hauptschuldigen seinen Antheil herausgibt. Fragt man ferner, in welchem Momente die Unterschlagung, deren A. sich schuldig machte, vollbracht war, so wird man gewiß nicht sagen können: in dem Augenblicke, wo er B. die Briefe übergab. Denn in diesem Falle, wo es nicht auf die Eröffnung aller Briefe abgesehen war und wo es A. keineswegs beabsichtigte, daß der ganze Inhalt aller eröffneten Briefe auf B. übergehen solle, reicht die sonst gebräuchliche Deduction, nach welcher die Ueberantwortung der Sache für den bisherigen Inhaber sofort die Unterschlagung begründe, weil die Sache eben in demselben Augenblicke seiner Gewahrsame entzogen werde und dem Berechtigten verloren gehe, oder weil die Ueberantwortung selbst als eine Art der Aneignung anzusehen sei, nicht aus. — Sucht man einen andern Endpunkt und sucht ihn für jeden der Beiden besonders, so kann er für jeden nur derjenige sein, wo er das den Briefen entnommene Geld sich aneignet. Da dieser Zeitpunkt gleichzeitig, ja für B. früher als für A. ein-

tritt, so ist auch dadurch die Annahme der Partiererei ausgeschlossen; während es unter dieser Voraussetzung doch gar zu widersprechend wäre, es als einen Act der Beihilfe zum Verbrechen A.'s anzusehen, daß B. gleich ihm sich einen Theil des den Briefen entnommenen Geldes nimmt. — Es bliebe also nur noch eine Auffassung übrig; man sieht die von A. verübte Unterschlagung als in jenem Momente vollendet an, wo B. in seinem Auftrage den eröffneten Briefen das Geld entnimmt; man rechnet also A. die von B. für ihn vorgenommene Handlung als die seine an, wogegen nichts zu sagen wäre, als daß man es gewiß schwer verantworten könnte, wenn man B. als denjenigen, welcher die das Verbrechen vollendende Handlung setzt, und zwar nicht blos für einen Anderen setzt, der also am subjectiven und objectiven Moment der strafbaren Handlung gleichmäßig Theil nimmt, als Gehilfen hinstellen wollte.

Alles also drängt zu der Annahme der einfachsten und natürlichsten Auffassung, daß Beide das gemeinschaftlich beschlossene Verbrechen im gemeinschaftlichen Interesse gemeinschaftlich verübten, daß eben darum die strafbare Thätigkeit des Einen die des Andern ergänze und ihm in sofern als die seine zuzurechnen sei, — daß sie eben im Verhältniß der Miturheberschaft standen. Alles drängt zu dieser Annahme und nichts widersetzt sich ihr, als eine allerdings sehr gewichtige Erwägung. „Gesetzt," sagt Krug[12]), „A. und B. plündern gemeinsam die dem A. anvertraute Casse, welche dem B. nicht anvertraut ist, so kann B. nur wegen Beihilfe zur Unterschlagung bestraft werden. Urheber eines Diebstahls kann er nicht sein, weil der Diebstahl Aneignung der Sache wider den Willen des Eigenthümers oder Inhabers voraussetzt; Urheber einer Unterschlagung nicht, weil ihm die Casse nicht anvertraut ist."

Zunächst möchte ich mir gegen diese von dem gewohnten Scharfsinn Krug's getragene Deduction die Bemerkung erlauben, daß sie schon nach ihrem Wortlaut nur da entscheidend sein könnte, wo, wie dies im österreichischen Recht und beinahe auch im französischen der Fall ist, nicht auf die Unterschlagung, sondern auf die Veruntreuung, den abus de confiance gesehen wird. Zur Unterschlagung wird nicht gefordert, daß die Sache dem Schuldigen anvertraut war: es genügt, daß dieser Inhaber sei, gleichviel, auf welche Weise er es wurde. Es scheint mir, als handle es sich überhaupt nicht um ein positives, sondern um ein negati-

[12]) A. a. O. Art. 55, Anm. 4, b. S. 104.

des Erforderniß: der Schuldige muß sich der Sache bemächtigen können, ohne Diebstahl oder Raub zu begehen. Es ist gewiß nicht nöthig, daß die Begründung der Innehabung dem Entschlusse zur Aneignung vorausgehe: sonst könnte die Aneignung eines Fundes dann nicht als Unterschlagung behandelt werden, wenn der Finder schon im Augenblicke des Findens beschließt, die Sache zu behalten und sie in dieser Absicht ergreift. Dies einmal festgestellt, sehe ich nicht ein, warum nicht auch jene Innehabung, welche man durch die unredliche Ueberantwortung von Seite des bisherigen Inhabers erwirbt, genüge, um die unredliche Aneignung der so erlangten Sache als Unterschlagung erscheinen zu lassen? Die Ueberantwortung genügt, um den Erwerber vom Diebstahl frei zu machen; denn sie begründet eine Innehabung, die nicht durch Besitzentsetzung eines Andern erlangt ist; aber eben weil sie Innehabung begründet, begründet sie auch die Möglichkeit, eine Unterschlagung zu verüben.

Aber auch wenn man dem eben Ausgeführten seine Zustimmung versagen zu müssen glaubt, oder wenn man es (wie in Oesterreich) mit einem Gesetze zu thun hat, das ein vorausgegangenes Anvertrauen zur Bedingung macht[12]): glaube ich die Behauptung, daß in dem von uns besprochenen Falle Miturheberschaft vorhanden sei, noch aufrecht halten zu können.

Hier wird es nämlich nothwendig, die Frage zu erörtern, ob es juristisch möglich sei, daß man Miturheber einer strafbaren Handlung werde, deren Urheber man allein nicht sein könnte? Wir stoßen damit auf eine der verwickeltsten Controversen des heutigen Strafrechts, auf die Frage nach der Behandlung der generellen und speciellen Theilnahme, an welche sich die nach der Behandlung des Miturhebers in verwandten Fällen sofort anschließt[13]). Steht man nämlich nicht auf dem Stand-

[12]) Auch für das österreichische Recht darf übrigens nicht übersehen werden, daß das „Anvertrauen" mehr eine negative, als positive Bedingung bezeichnet, in so fern nämlich, als nicht etwa der Mißbrauch des Vertrauens als ein straferhöhendes, sondern umgekehrt die durch das Anvertrauen gewährte „Leichtigkeit, ein Verbrechen zu begehen," und der Umstand, daß „der Bürger ordentlicher Weise in der Wahl dessen, dem er sein Gut anvertraut, vorsichtiger zu Werke gehen kann," als strafminderndes Moment in Betracht kommt. (v. Zeiller, Jährlicher Beitrag zur Gesetzkunde. I. 169. Jenull in Pratobevera's Materialien III. 208 ff. Glaser, Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht I. 457.)

[13]) Siehe namentlich: „Ueber Miturheberschaft und generelle und specielle Theilnahme." Goltdammer, Archiv VIII. 721—757. Berner, Grundsätze des preuß. Strafrechts §§. 37, 60. Hälschner, preuß. Strafrecht II. 332 ff. Hye, österr. Strafgesetz

punkte ſtreng individueller Beurtheilung der Strafbarkeit, geht man davon aus, daß die Qualität des dem Gehilfen zuzurechnenden Verbrechens durch die rechtliche Beſchaffenheit der dem Hauptſchuldigen zur Laſt fallenden Handlung bedingt ſei; ſo wird man bald auch zu der Frage gelangen, wie der Miturheber zu behandeln ſei, wenn nur bei einem der Miturheber die perſönliche Eigenſchaft vorhanden iſt, welche dem Verbrechen ſeinen eigenthümlichen Charakter gibt. Bekanntlich ſteht die franzöſiſche Praxis, welche in ihrer Härte ſogar ſo weit geht, dem Theilnehmer Erſchwerungs- und Qualificationsgründe zur Laſt zu legen, die ihm unbekannt blieben, auf dem eben bezeichneten Standpunkte. Sie belegt den fremden Gehilfen des Vatermörders, des einen Diebſtahl begehenden Dienſtboten mit den Strafen des Vatermordes, des Dienſtbotendiebſtahls[15]). Hélie, welcher dieſe Anſicht bekämpft, nimmt hauptſächlich zu folgendem Gegengrund ſeine Zuflucht: „Wenn ein Verbrechen von mehreren Perſonen verübt wird, welche daran gleichmäßig Theil nehmen, ſind die Schuldigen Miturheber, nicht Theilnehmer. Begründet nun in einem ſolchen Falle die perſönliche Eigenſchaft eines unter ihnen die Strafverſchärfung für die Anderen? Die Regel des Art. 59 C. p. gilt nur für das Verhältniß der Theilnehmer zum Urheber, nicht für das gegenſeitige Verhältniß der Urheber... Kein Geſetz legt allen Urhebern eines Delictes die Strafverſchärfungen auf, unter welche einer derſelben fällt. Wenn aber dieſe Strafverſchärfung die Miturheber nicht trifft, wie ſollte ſie die Theilnehmer treffen können?“[16]).

Dieſem Gedankengange kann man ſich nun allerdings nicht anſchließen, wenn man nicht die Miturheberſchaft als eine eigenthümliche Form des Zuſammenwirkens Mehrerer zu demſelben Verbrechen ganz aufgeben

S. 240 ff. Köſtlin, Syſtem S. 282 ff. Stübel, Theilnahme §. 51, S. 86 ff. Luden de socio delicti generali et speciali (Jen. 1845). Kleinſchrod, über die Beſtrafung der generellen Beihilfe zu Verbrechen, München 1848. Konopak, über die allgem. und beſonderen Gehilfen zu einem Verbrechen (Roſt. 1810). Kitka, Zuſammentreffen mehrerer Schuldigen (Wien 1840), S. 14 ff. Buri, Theilnahme S. 39.

[15]) Carnot, Art. 386, observ. XVII. Chauveau et Hélie Ch. XI N. 709. (Ed. Nypels I. 241), Ch. XLIII. N. 2386 (I 720, 721). Morin, Repertoire v°. Complice N. 9. Rauter, Traité de droit criminel N. 119 (Ed. Bruxelles p. 98), Ortolan, Élements de droit pénal N. 1304. Trebutien, Cours elementaire de droit criminel I. p. 197—199. Siehe dagegen: Haus, Cours de droit criminel N. 304 (3. Ed. 1864, p. 234, 235). Vrgl. Goltdammer a. a. O. S. 741.

[16]) Ortolan dagegen erwähnt ebenfalls der (phyſiſchen) Miturheber, aber nur um zu erklären, daß es genüge, wenn der Qualificationsgrund bei einem derſelben eintrete. In dieſem Sinne entſcheidet auch der franzöſiſche Caſſationshof. Goltdammer a. a. S. 742.

und sich darauf beschränken will, darin ein Zusammentreffen mehrerer Schuldigen zu sehen, deren Jeder eine Handlung unternommen hat, die für sich allein, abgesehen von demjenigen, was zu gleicher Zeit Andere gethan haben, ihn zum Urheber dieses bestimmten Verbrechens macht. Hier ist dann nicht Miturheberschaft, sondern gleichzeitige Urheberschaft Mehrerer vorhanden[17]). Eine solche Auffassung widerstrebt aber bei wirklichem Zusammenwirken der Natur der Sache; sie trägt dem Umstande nicht Rechnung, daß der einzelne Schuldige in einem solchen Falle eben keine so isolirte Thätigkeit entwickelte, daß er es auf das Zusammenwirken mit Anderen abgesehen hatte und seine Thätigkeit so einrichtete, daß sie, in die der Anderen eingreifend und durch diese ergänzt, ein untrennbarer Bestandtheil einer Gesammthandlung wurde und nach der Absicht des Anderen auch werden sollte. Eben dadurch wird dem Miturheber eine doppelte Stellung angewiesen[18]): Er ist einer der Urheber der Gesammtthat und er ist zugleich Theilnehmer an den auf dieselbe gerichteten Einzelnhandlungen der anderen Miturheber. Und eben weil die Strafbarkeit des Miturhebers eine größere ist als die des Theilnehmers, weil es widersinnig ist, den letzteren strenger zu behandeln als den ersteren, ist es richtig, einen Strafschärfungsgrund, welcher selbst den Theilnehmer trifft, auch auf den Miturheber wirken zu lassen.

Eine andere Frage aber ist es, inwiefern es gerechtfertigt erscheine, strafrechtliche Momente, welche nur in einer einzelnen Person verwirk-

---

[17]) Ein Beispiel der letzteren bietet der Fall, wo mehrere Buchhändler ohne Verabredung dieselbe strafbare Druckschrift mit Kenntniß ihres Inhaltes verbreiten. Die Unterscheidung kann wegen der Möglichkeit gleichzeitiger Anklage praktisch wichtig werden, und namentlich in dieser Richtung wird sie in England beachtet. So wird dem eben bezeichneten Falle derjenige gleichgestellt, wo es sich um aufrührerische oder gotteslästerliche Worte handelt, weil solche Delicte ihrer Natur nach die Gemeinsamkeit ausschließen (are in their nature several). Mit gewohnter Spitzfindigkeit nimmt man dagegen Miturheberschaft an, wenn Zwei zusammen ein Lied strafbaren Inhalts singen. In dem Falle, wo das Delict darin besteht, daß Jemand ein Geschäft betreibt, zu dem er gesetzlich nicht befugt ist, hält man es für unzulässig, Compagnons, die beide nicht befähigt sind, gemeinschaftlich zu verfolgen, „weil die Handlung, an sich erlaubt, nur durch Umstände, welche von der Individualität bedingt sind, strafbar wird!“ (Archbold, Pleading and evidence in Criminal cases [15 Ed.] p. 59. Wharton, Crimin. Law of the Un. States [2. Ed.] p. 154, 155.)

[18]) Vrgl. Feuerbach, Lehrbuch §. 46, Anm. 2. Wächter, Lehrbuch §. 89, Anm. 12 (I. S. 150). Stübel, Thatbestand §. 2 b und 12 b; Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, §§. 3, 14. Marezoll, Lehrbuch S. 128. Martin, §. 79 Kitka, a. a. O. S. 4. Ziegler, Theilnahme S. 78 ff. Abegg, Lehrbuch §. 741. Friedlieb, De quaest. utrum . . . illi societatis delinquendi participes etc. p. 14, 15, Besonders aber Berner, Theilnahme S. 348 ff. Dessen Lehrbuch des deutschen Strafrechts §. 111. Köstlin, System S. 334 ff.

licht sind, auf andere Personen wirken zu lassen, welche sich mit ihr an einem gemeinschaftlichen Verbrechen betheiligten. Für die Beantwortung dieser Frage ist meines Erachtens folgender Gesichtspunkt maßgebend. Man muß unterscheiden zwischen persönlichen Verhältnissen, welche den strafrechtlichen Charakter der Handlung bestimmen, die „strafrechtliche Natur" derselben, wie es im Art. 55 des sächsischen Strafgesetzes heißt, und solchen, welche lediglich die größere oder geringere Strafwürdigkeit des Individuums bestimmen. Bei strafbaren Handlungen, zu deren Wesen ein bestimmtes persönliches Verhältniß des Urhebers gehört, ist es genügend, daß in der Person des physischen Urhebers diesem Erfordernisse Genüge geschehen sei. Der für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachte Satz, der Theilnehmer sei immer nur so zu bestrafen, wie er bestraft worden wäre, wenn er selbst diese That als Urheber begangen hätte, beruht auf einer vollständigen Verkennung der Natur der Betheiligung an fremden Verbrechen; er wird dadurch gewonnen, daß man aus einer Bestimmung über die Bestrafung der Theilnehmer den Begriff der Theilnahme ableitet, ein Vorgang, dessen Unrichtigkeit einleuchtend ist. Es ist also allerdings möglich, daß Jemand Theilnehmer an einem Verbrechen werde, welches nicht oder nur in geringerem Grade vorhanden wäre, wenn dieselbe Person selbst dasjenige gethan hätte, wozu als Gehilfe mitgewirkt zu haben, ihr jetzt allein zur Last fällt. Bei Durchführung dieses Gedankens wird man verletzende Widersprüche am ehesten vermeiden, sofern es nur gelingt, die Grenzlinie zwischen persönlichen Verhältnissen, welche die Natur des Verbrechens, und solchen, welche die Strafwürdigkeit des Verbrechers bedingen, richtig zu ziehen, was freilich oft von der Interpretation eines einzelnen Gesetzes, oft auch davon abhängt, ob im Gesetze selbst hierin das Richtige getroffen ist. — Eben darum muß ich mir erlauben, meine Ansicht durch Anführung einzelner Verbrechen und Verbrechensabstufungen näher zu erläutern.

Wenn nur ein im Amte Stehender Amtsmißbrauch (Mißbrauch der Amtsgewalt) begehen, nur ein Landesangehöriger sich des Staatsverrathes schuldig machen, nur ein Gefangener Urheber eines Verbrechens, wie das im §. 96 des preuß. St.-G. vorgesehene (der Meuterei) sein kann, so wird doch durch jede solche Handlung eine wichtige Störung der öffentlichen Ordnung herbeigeführt, welche auch derjenige nicht befördern darf, welcher sie nach seinen persönlichen Verhältnissen unmit-

telbar zu bewirken nicht vermag. Doch kann hier wohl nur der Grundſatz ſelbſt, nicht aber ſeine Anwendbarkeit, ſobald er einmal als richtig erkannt iſt, bezweifelt werden. Dasſelbe gilt in entgegengeſetzter Richtung von ſtraferſchwerenden Momenten, wie der Rückfall, von ſtrafmildernden, wie jugendliches Alter (ſofern dieſes die Zurechnung zum Dolus nicht ganz unmöglich macht), Provocation u. ſ. w. In anderen Fällen dagegen iſt es die Durchführung, welche Schwierigkeiten macht. Halten wir uns zunächſt an den Dienſtbotendiebſtahl. Hier kann es zweifelhaft ſein, ob das erſchwerende Moment lediglich in der Verletzung der beſonderen Verpflichtung zu ſehen ſei, die dem Dieſtboten ſeinem Dienſtgeber gegenüber obliegt, oder in dem gefährlicheren Charakter, den die leichtere Gelegenheit den Diebſtählen der Dienſtboten gibt. Nimmt man das Erſtere an, ſo kann man nicht umhin, das ſtraferſchwerende Moment als blos für den Dienſtboten wirkſam zu erklären, es aber auch in jenem Falle zu berückſichtigen, wo der Dienſtbote nicht Urheber iſt. Allein es iſt nicht ſchwer nachzuweiſen, daß dies eine unrichtige Auffaſſung wäre. Wäre ſie richtig, ſo müßten Diebſtähle, welche zum Nachtheile des Dienſtgebers außer dem Hauſe und an Gegenſtänden begangen wurden, welche dem Dienſtboten in keiner anderen Weiſe zugänglich waren, als jedem Fremden, als qualificirte, ſolche dagegen, welche zwar im Hauſe begangen wurden, aber den Dienſtgeber weder mittelbar noch unmittelbar betreffen, als einfache betrachtet werden. Hat man es mit einer Geſetzgebung zu thun, welche dieſe Conſequenzen zurückweiſt oder doch nicht ausdrücklich genehmigt, ſo wird man kein Bedenken tragen, den Qualificationsgrund als einen objectiven anzuerkennen und daher die Stellung des phyſiſchen Urhebers als maßgebend für alle Betheiligten zu erklären. — Schwieriger iſt die Frage beim Vatermord. Man kann allerdings von der Anſchauung ausgehen, daß der Geſetzgeber der in dieſer Verbrechensform liegenden Verläugnung der Natur eine ſo entſittlichende Wirkung beimißt, daß er dem Erſchwerungsmoment einen objectiven Charakter beilegt: dann wird man ſich eben auch an das materielle Factum halten, daß es eben der Sohn iſt, welcher an den Vater Hand anlegt, und wird ſich die Conſequenz gefallen laſſen müſſen, daß der Fremde, der beim Vatermord als Theilnehmer mitwirkt, mit der Strafe des Vatermordes, der Sohn, welcher bei Ermordung ſeines Vaters einem Fremden Hilfe leiſtet, mit der Strafe des einfachen Mordes belegt wird. Hält man ſich aber — was mir das Richtige ſcheint —

daran, daß das Verwandtschaftsverhältniß nicht der That an sich einen Charakter höherer Strafbarkeit beilege, sondern nur der That dieses Menschen, dann gelangt man in beiden Punkten zur entgegengesetzten Entscheidung. — Der Kindesmord ist ein Fall des Mordes, welcher sich von anderen nur durch gewisse auf die Person der Mutter beschränkte Verhältnisse unterscheidet, welche nicht etwa das rechtswidrige Moment der Handlung selbst herabsetzen, sondern nur die Strafwürdigkeit der Mutter in geringerem Lichte erscheinen lassen. Daraus ergibt sich denn, daß Miturheber und Theilnehmer des Mordes eines neugebornen Kindes nach den allgemeinen Grundsätzen zu behandeln seien, nur die Mutter selbst mit der dem Kindesmord gedrohten geringeren Strafe zu belegen sei, dies aber auch dann, wenn sie nur als Theilnehmerin thätig war. — Fassen wir im Gegensatze hiezu den Familiendiebstahl (die Entfremdung, Art. 302 des sächs. St.-G.-B.) in's Auge, so liegt auch hier der Gedanke sehr nahe, daß es sich nur um eine mildere Beurtheilung der Person bei objectiv gleichbleibender Natur des Diebstahls handle[19]). Allein ich glaube doch, daß es nicht die größere Versuchung sei, welche diese Person als minder strafwürdig erscheinen läßt, sondern daß der Charakter der Handlung selbst durch die nahe Beziehung zwischen dem Beschädiger und Beschädigten geändert werde, daß die Rechtsverletzung an sich als eine minder ernste, für die öffentliche Rechtsordnung minder gefährliche erscheine. Die Probe ist auch hier leicht gemacht. Mit Recht erregt es Bedenken, wenn, wie es das österreichische Gesetz thut, das Beisammenleben in gemeinschaftlicher Haushaltung zur Bedingung der Milderung gemacht ist, wenn man den Betrug, die Fälschung, welche durch das Beisammenleben gar nicht berührt werden, von der Begünstigung ausnehmen will, und gewiß wäre es falsch, wenn man das Privilegium auf die Entwendung des Gutes Dritter, welches sich in Verwahrung eines Verwandten befindet, ausdehnen wollte. Damit aber ist die objective Bedeutung des Milderungsgrundes bereits dargethan und es bliebe nur noch die nicht mehr hieher gehörige Frage übrig, ob die halbe Berechtigung, die das Gesetz dem Verwandten einräumt, nicht auf den Fremden, selbst wenn dieser scheinbar allein physischer Urheber ist, in ähnlicher Weise zurückwirke, wie sonst die Mitwirkung des Eigenthümers bei Entwendung seiner Sachen.

[19]) Vrgl. das in Schletter's Jahrbüchern II. S. 214, Nr. 46, und bei Buri a. a. O. S. 43 erwähnte Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichtes zu Dresden.

Halten wir uns nun an den Grundsatz, daß persönliche Verhältnisse des Urhebers in einer auch für die anderen Mitwirkenden maßgebenden Weise den objectiven Charakter der Handlung bestimmen können, so könnte nach dem früher Ausgeführten nicht zweifelhaft sein, daß dieser Grundsatz auch auf die Miturheber Anwendung finde, sobald die Person eines der Miturheber der That ihren Charakter gegeben; wohl aber drängt sich nunmehr die Frage auf, ob es denn überhaupt denkbar sei, daß bei Verbrechen, welche im Sinne des eben Gesagten durch eine bestimmte persönliche Beziehung des Urhebers bedingt sind, Jemand, dem diese Beziehung fremd ist, als Miturheber einschreiten könnte?

Meines Erachtens nun ist die Frage weder allgemein zu bejahen, noch allgemein zu verneinen, sondern von einem Gesichtspunkte zu beurtheilen, welcher überhaupt dafür maßgebend ist, ob Miturheberschaft bei einem Verbrechen möglich sei. Man muß fragen, ob die vom Gesetze vorgeschriebene Thätigkeit des physischen Urhebers eine Theilung zulasse oder nicht? Der Grund für die Unmöglichkeit der Theilung wird in den meisten Fällen in der materiellen Beschaffenheit der That liegen, wie bei der Nothzucht, dem Meineid, überhaupt den durch Aussprechen von Worten verübten Delicten u. s. w. In anderen Fällen kann das Erforderniß einer bestimmten persönlichen Beziehung des Thäters diese Untheilbarkeit herbeiführen, welche zur Folge hat, daß alle anderen Mitwirkenden nur als Gehilfen erscheinen. Allein ich glaube nicht, daß diese Untheilbarkeit der Haupthandlung überall eintreten müsse, wo eine bestimmte persönliche Qualität des Thäters zu den Elementen des Thatbestandes gehört. Ueberall, wo das Wesen des Thatbestandes in der Zufügung eines idealen Schadens liegt, in der Verletzung einer bestimmten persönlichen Verpflichtung, wo eben diese Verletzung „das mit dem Verbrechen verbundene Uebel" ist, kann von einer Vertheilung der Haupthandlung zwischen demjenigen, der eine solche Pflichtverletzung begeht, und demjenigen, der nur die Pflichtverletzung eines Anderen unterstützt, keine Rede sein. Wo dagegen das Wesen eines Delictes in einem materiellen Schaden liegt, die persönliche Stellung des Thäters aber nur so weit in Betracht kommt, als sie eben die Möglichkeit zur Zufügung eben dieses Schadens mit sich bringt: da scheint es mir allerdings naturgemäß, denjenigen, der die beschädigende Handlung allein oder mit dem Anderen verübt, als Mitthäter anzusehen, weil es nicht blos möglich, sondern etwas sehr Gewöhnliches ist, daß die verschiedenen Mitthäter in der Art

ineinandergreifen, daß der Eine der Thätigkeit des Anderen die für dieselbe unerläßliche Voraussetzung gewährt. Nehme man z. B. den Fall eines durch Annahme einer fingirten Eigenschaft verübten Betruges, eines auf ein persönliches Erlebniß einer bestimmten Person gestützten Erpressungsversuches. Es kann sehr wohl geschehen, daß derjenige, welcher durch Kleidung u. s. w. sich den Charakter eines öffentlichen Beamten beilegt, derjenige, welcher durch frühere Berührungen mit dem Bedrohten allein in der Lage ist, die angekündigte falsche Anklage zu erheben, sich im Hintergrunde hält und einen Genossen dasjenige vornehmen läßt, was zur Durchführung des Betruges, der Erpressung von dem einmal gebotenen Ausgangspunkte aus noch nöthig ist. Hier haben wir also ein Verhältniß der Miturheberschaft, bei welchem in der That der Eine die lediglich für ihn bestehende Möglichkeit, das Verbrechen zu begehen, der Andere das Uebrige zum gemeinsamen Verbrechen beiträgt. Hier hat man auch kein Bedenken, weil das Verhältniß kein im Gesetze selbst allgemein formulirtes ist, nur in der einzelnen Erscheinungsform eines auch in ganz anderer Weise möglichen Verbrechens sich zeigt. Allein dies ist für die Natur der Miturheberschaft ohne Bedeutung. Ist Miturheberschaft mit solcher Theilung vereinbar, so ist sie es nicht blos da, wo die Species eines Verbrechens von einem bestimmten persönlichen Verhältnisse abhängig ist, sondern auch da, wo die Verbrechensart davon abhängig gemacht ist. Alles kommt vielmehr darauf an, ob die Eigenthümlichkeit der That eine Vertheilung unter Mehrere gestattet.

So ist allerdings nicht daran zu denken, daß ein Amtloser Miturheber eines Amtsverbrechens, ein Nichtgefangener Miturheber des Verbrechens der Meuterei von Gefangenen werde, daß am leichtsinnigen oder betrügerischen Bankerott sich Jemand als Miturheber betheiligen könne, welcher an den Schulden keinen Antheil hat, weil hier überall das Wesen des Verbrechens in der Verletzung von Pflichten besteht, die derjenige natürlich nicht verletzen kann, dem sie nicht obliegen. Wenn dagegen eine Frauensperson ihre Einwilligung dazu gibt, daß eine auf Kindesabtreibung berechnete Handlung von einem Dritten vorgenommen werde, so haben wir es nicht mit einem Verbrechen zu thun, bei welchem das Wesen des Delictes durch die persönliche Qualität der Mutter bestimmt wäre; es handelt sich vielmehr um eine materielle Verletzung, welche allerdings bei mangelnder Mitwirkung der Mutter in eine andere Verbrechensform übergeht, bei welcher aber eine gleiche Betheiligung

eines Dritten an dem (ohne Mitwirkung der Mutter in dieſer Form nicht möglichen) Verbrechen ganz gut denkbar iſt. Hier würde ich alſo den mitwirkenden Fremden, wenn ſeine Betheiligung ihn nicht aus anderen Gründen als Gehilfen erſcheinen läßt, als Miturheber anſehen. Ein gleiches Bewandtniß hat es mit der Anzündung der eigenen Sache, wo dieſe ſtrafbar iſt; auch hier hat der Eigenthümer allein Gelegenheit, das Verbrechen zu verüben, allein er kann dieſe Gelegenheit mit Jedem theilen, den er beizieht. Das Anzünden wird für den verbrecheriſchen Erfolg, für die im Verbrechen liegende Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung ganz dieſelbe Bedeutung haben, es mag nun vom Eigenthümer mit eigener Hand oder von einem Dritten mit deſſen Zuſtimmung vorgenommen werden. Das Verbrechen würde allerdings in dieſer Form nicht exiſtiren, wenn der Eigenthümer nicht mitgewirkt hätte. Hat man aber im Uebrigen keinen Grund, den Mitwirkenden blos als Gehilfen anzuſehen, warum ſoll man durch jenen Umſtand allein ſich bewegen laſſen, eine Gehilfenſchaft zu fingiren?

Ein ganz gleicher Fall iſt aber derjenige, welcher den Ausgangspunkt unſerer Unterſuchung bildet. Allerdings kann die Unterſchlagung nur derjenige begehen, welcher die Sache bereits innehat; allein dieſe Beziehung zur Sache begründet nicht eine beſondere Verpflichtung, deren Verletzung das Weſen des Verbrechens ausmacht und zu welcher Niemand mitwirken kann, der nicht jene Pflicht mitträgt; ſie iſt ein thatſächliches Verhältniß, welches nicht das Weſen, nur die Form der Verletzung berührt; und ich vermag nicht abzuſehen, warum — da einmal mit der Miturheberſchaft eine Vertheilung der Vorausſetzungen des Verbrechens in der Weiſe verbunden iſt, daß der Eine dieſe, der Andere jene realiſirt — die Vertheilung nicht auch ſo erfolgen könnte, daß der Eine die für die Realiſirung des Verbrechens erforderliche Zuſtimmung, der Andere das ſonſt dazu Erforderliche beiträgt.

VIII.

Ueber die Todesstrafe.

Ueber die Todesstrafe.

Abschaffung der Todesstrafe. Von Dr. Albert Friedrich Berner, Professor der Rechte an der Universität zu Berlin, Ritter ꝛc. (Dresden, Böttich er's Verlag.)

Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen. Geprüft von Dr. C. C. J. Mittermaier, Geheimrath und Professor. (Heidelberg, Academische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr 1862.)

(Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und öffentliches Leben. Beilage zur kais. Wiener Zeitung. 1862.)

Die zahlreiche, über die ganze gesittete Welt verbreitete Gemeinde Jener, welchen die fortschreitende Verbesserung und Veredlung der Strafrechtspflege am Herzen liegt, wird in kurzem eine bedeutungsvolle Säcularfeier zu begehen haben. In wenig mehr als einem Jahre wird es ein Jahrhundert, daß Beccaria's Buch „von Verbrechen und Strafen" vor den Augen der entsetzten Welt das Bild jener ungeheuerlichen und schon heute fast unglaublichen Mißbräuche entrollte, welche damals, unter dem ehrwürdigen Namen der strafenden Gerechtigkeit, aller Orten ungescheut und ungestört sich breit machten.

Was Beccaria damals bekämpfen mußte, ist zumeist spurlos verschwunden; was er an positiven Vorschlägen für Verbesserung des Criminalwesens vorbrachte, ist jetzt weit überboten. Nur eine Frage, welche er zuerst, oder doch unter den Ersten, anregte, ist noch ungelöst. Ob, sowie die Folter, die Verdachtsstrafe, die Entbindung von der Instanz, die Verstümmelung, die Anschmiedung in unterirdischen Kerkern, die Verschärfung der Todesstrafe beseitigt wurden, nun auch die Todesstrafe selbst als gleichartig mit ihnen zu verschwinden habe, oder ob sie, als vor der Vernunft gerechtfertigt, auch in der Strafrechtspflege einer humaneren und aufgeklärteren Zeit einen (jedenfalls beschränkteren) Platz einnehmen könne, — diese große Frage beschäftigt seit einem Jahrhundert die Geister, und rief — bald als Gefühlssache, bald als religiöse Angelegenheit, bald als politische Incidenzfrage behandelt,

heute mit feierlichem Ernste und achtenswerther Gründlichkeit erörtert, morgen mit dem seichtesten Geschwätze leichthin abgethan, oder dem leidenschaftlichen Geschrei der Menge verfallen und „von der Parteien Gunst und Haß verwirrt" — die wunderbarsten Wechselfälle hervor. Ebenso schwierig als interessant ist es daher, die Geschicke dieser Frage, den Stand der Meinungen, das gegenseitige Verhältniß der Gründe für und wider, in der massenhaften durch die ungleichartigsten Beiträge angeschwellten Literatur zu verfolgen.

Bei dieser Sachlage werden nicht bloß Fachmänner, sondern weite Kreise des gebildeten Publicums die beiden oben angeführten Schriften als eine willkommene Erscheinung begrüßen. Zwar sind beide gegen die Todesstrafe gerichtet, kündigen dieß sofort und offen an und werden daher, da in dieser Frage Jeder sich seine Meinung gebildet hat und sie für unerschütterlich hält, von Vielen als einseitige Parteischriften mit Mißtrauen aufgenommen werden. Wer aber die leichte Mühe nicht scheut, sie zu lesen, wird sich bald davon überzeugen, daß das Mißtrauen hier nicht am Platze sei, und daß es sich hier nicht um Arbeiten handle, in welchen leidenschaftlicher Eifer, blind für die Bedeutung des Angriffsobjectes und seiner Schutzwaffen, und noch leichter sich täuschend über die Wirksamkeit der eigenen Angriffswaffen, Ausführungen aneinanderreiht, welche nur den im Gedankenkampf völlig Wehrlosen überwinden, und nur Denjenigen überzeugen, welcher von Anfang an entschlossen ist, sich überzeugen zu lassen. Vor diesem Verdacht sind freilich beide Schriftsteller bei jedem sicher, der ihre Namen kennt. Jede Schrift Berner's gibt Zeugniß davon, mit welch' tiefem Ernst er nach Wahrheit und Klarheit strebe, und wie wenig er in Versuchung sei, sich bequemen Selbsttäuschungen hinzugeben; Mittermaier's ganzes literarisches Leben beweist, daß der berühmte Gelehrte sich durch die gefaßte und selbst öffentlich ausgesprochene Meinung nie abhalten ließ, den Gegenstand derselben im Auge zu behalten, jeden neuen Anlaß zu erneuerter Prüfung desselben zu benützen, jeden noch nicht berücksichtigten Gegengrund zu beachten, jedes Ereigniß, welches einen bisher nicht bemerkten Gesichtspunkt darzubieten scheint, in voller Unbefangenheit zu würdigen. Zudem wären gerade in dieser Frage beide Schriftsteller eher auf der entgegengesetzten Seite zu suchen gewesen. Mittermaier's literarische Anfänge fallen in jene Zeit, wo der Feuerbach'schen Theorie mit ihrer unerbittlichen Strenge und dem gemeinen deutschen Inquisitionsproceß

mit seiner absoluten Rücksichtslosigkeit, eine ewig währende Herrschaft gesichert schien, und während sonst die späteren Lebensjahre eine strengere und herbere Auffassung des Lebens herbeizuführen pflegen, ist es gewiß eine seltene Eigenthümlichkeit, daß Mittermaier, je weiter er in seiner unermüdlichen Thätigkeit vorschreitet, in seinen Ansichten immer milder, immer eifriger in der Befürwortung alles Dessen wird, was eine billigere, gelindere Behandlung eines Angeklagten zu versprechen, die Hoffnung auf Besserung selbst des ärgsten Verbrechers noch wach zu halten geeignet ist. Berner nahm seinen Ausgangspunkt in einer philosophischen Schule, deren Strafrechtstheorie der Todesstrafe entschieden günstig ist, und seine eigene auf einen bestimmten scharfen Abschluß gerichtete Denkungsweise scheint ihn dahin zu weisen. Wenn nun beide gegen die Todesstrafe auftreten, wenn der Eine (Berner) seine Schrift wie einen Pfeil zuspitzt, die Frage immer mehr in's Enge zu bringen, die Zahl der Gegner immer mehr herabzubringen, die Anderen bis zu dem Punkt zu führen sucht, wo sie mit Ueberraschung gewahr werden, daß sie den Platz, welchen sie noch halten wollen, eigentlich schon aufgegeben haben; wenn der Andere (Mittermaier) in imposanter Vollständigkeit das ganze Material der Frage aus allen Zeiten, allen Ländern zusammenstellt, ehe er sich anschickt, die für die Todesstrafe geltend gemachten Gründe zusammenfassend an einem Punkte zu vereinigen, um sie alle zugleich zu bekämpfen: so versteht es sich von selbst, daß keiner von Beiden das Gewicht der Gegengründe, das Ansehen und die Achtungswürdigkeit der Gegner, die zarte Schonung, welche der Gegenstand fordert, die Gefahren einer übereilten oder schlecht durchgeführten Entscheidung derselben unterschätzen oder irgend bemänteln mag. Und so kann es denn auch nicht fehlen, daß manches Bedenken, mancher nicht völlig widerlegte Grund gerade aus diesen Schriften dem Leser entgegentritt, und daß er so alle Anregung findet, die Frage nach ihrem vollen Umfange durchzudenken und zu prüfen.

Mittermaier hebt zunächst den Zusammenhang der Frage mit den Ansichten über Strafrecht, Strafe, über das Wesen der Staatsgewalt und über Criminalpolitik hervor (S. 1 ff.; S. 13 ff.; S. 55, 75), und berichtet dabei über jene Geschicke der Frage, welche ins vorige Jahrhundert und in die Zeit bis 1830 fallen. Zwei besondere Abschnitte stellen den Entwicklungsgang der literarischen und legislativen Arbeiten seit jenem Jahre dar. (S. 26 ff., 36 ff.)

Den eigentlichen Mittelpunkt und die hervorragendste Eigenthümlichkeit dieser Schrift erkennt man indeß in jenen Abschnitten, welche den Gegenstand gewissermaßen naturhistorisch behandeln. „Unverkennbar," sagt Mittermaier in dem Vorwort, „verdanken die Naturwissenschaften ihre ungeheuren Fortschritte zum großen Theile der neueren Richtung, durch sorgfältig vorgenommene Beobachtung und gesammelte Erfahrungen eine zuverlässige Grundlage zur Erkenntniß der Natur der anzuwendenden Mittel und ihrer Wirksamkeit zu gewinnen. Wenn auf ähnliche Weise auf dem Gebiete des Strafrechts, insbesondere in Bezug auf die Strafarten, die Bedeutung jeder Strafart für den Zweck der Strafgewalt, und durch sorgfältig gesammelte Erfahrungen die wahre Natur der Strafart und ihrer Wirkungen erforscht würden, so würde die Strafgesetzgebung mehr mit den Bedürfnissen und mit dem Zustande der Gesittung in Einklang stehen und einer besseren Wirksamkeit sich erfreuen. . . . Seit 50 Jahren habe ich zu diesem Behufe Forschungen angestellt und aus zuverlässigen Quellen Erfahrungen gesammelt, indem ich in den verschiedenen Ländern Europa's beobachtete und Erkundigungen bei Personen einzog, deren Amt sie in die Lage setzt, hieher gehörige Beobachtungen zu machen. Die auf diese Art gesammelten Erfahrungen theile ich in der hier erscheinenden Schrift mit und benütze dabei ebenso die gewissenhaft geprüften statistischen Materialien, als auch die zuverlässigen Nachrichten über Erfahrungen der Länder, in welchen die Todesstrafe aufgehoben war." Den Anfang machen statistische Nachweisungen über die Zahl der in den verschiedenen Ländern verübten Verbrechen und der ergangenen Todesurtheile (S. 76 ff.).

Die neueste Angabe aus Oesterreich bezieht sich auf das Jahr 1856; „es ergingen 122 Todesurtheile, und nur bei 39 trat Begnadigung ein." Diese Angabe ist ziffermäßig richtig, bedarf aber doch einer Ergänzung; zunächst sind nämlich jene acht Fälle zu berücksichtigen, wo die Todesurtheile in contumaciam ergingen (vergl. Mittermaier S. 86), wo also zwar keine Begnadigung, aber auch keine Vollstreckung des Urtheils eintrat. Außerdem umfaßt jene Zahl 49 Verurtheilungen wegen Raubes, welche nur im standrechtlichen Verfahren (in Ungarn) erfolgt sein können, und bei welchen daher keine Verhandlung über die Begnadigung stattfand. Dasselbe gilt höchst wahrscheinlich auch von den sechs Hinrichtungen wegen Brandlegung. Wir können der Mittheilung Mittermaiers folgende neuere Daten beifügen. Im Jahre

1857 betrug die Zahl der Todesurtheile in ganz Oesterreich 123, worunter 44 Fälle der Begnadigung. Im Jahre 1858 kommen auf 122 Fälle 48 Begnadigungen. Indeß muß man auch hier nicht übersehen, daß in den Ländern der ungarischen Krone zahlreiche standrechtliche Verurtheilungen stattfanden. Es ergibt sich daher auch ein durchaus anderes Resultat, wenn man jene Länder unberücksichtigt läßt; nämlich für 1857 34, für 1858 30 Verurtheilungen, wobei 1857 in 27, 1858 in 26 Fällen Begnadigung eintrat.

Im nächsten Abschnitt (S. 85 ff.) sind Erfahrungen über das Verhältniß der Zahl der Todesurtheile zu der der Hinrichtungen, und über die Wirkungen der thatsächlichen Nichtanwendung, sowie der gänzlichen oder theilweisen Aufhebung der Todesstrafe gesammelt. Es wird hier insbesondere nachgewiesen, daß der Wegfall der Todesstrafe keine Vermehrung der sonst mit Tod gestraften Verbrechen zur Folge hatte. So in Toscana, so in Oesterreich, wo die Todesstrafe seit 1787 (gewissermaßen sogar seit 1781) außer Wirksamkeit war, und erst 1795 für Hochverrath, 1803 überhaupt wieder eingeführt wurde, wobei aber ausdrücklich erklärt ward, daß diese Wiedereinführung nicht wegen Vermehrung der Verbrechen erfolgt sei. Mittermaier führt auch Belgien an, wo 1831 bis 1833 kein Todesurtheil vollzogen wurde (doch scheint es, daß gerade dort König Leopold gedrängt wurde, das Begnadigungsrecht minder umfassend zu gebrauchen als Anfangs sein Wille war, vergl. Mittermaier S. 95); ferner Oldenburg, Passau, den Kanton Neufchatel und einige nordamerikanische Staaten, wo die Todesstrafe ganz aufgehoben ist. Interessant ist die in England mit der partiellen Aufhebung der Todesstrafe gemachte Erfahrung; Pferdediebstahl, Hauseinbruch, Fälschung, Nothzucht und Brandstiftung haben sich keineswegs vermehrt, seitdem sie aufhörten, Capitalverbrechen zu sein.

In einem andern Abschnitt (S. 98 ff.) spricht Mittermaier von dem Einflusse, welchen erfahrungsgemäß die Drohung der Todesstrafe auf die Strafrechtspflege dadurch übe, daß die Abneigung und Mißbilligung der Todesstrafe Richter und Geschworne, Ankläger und Zeugen bestimme, alles Mögliche zur Abwendung der Todesstrafe zu unternehmen, eine Art stillschweigender Verschwörung gegen dieselbe einzugehen — was natürlich die Achtung vor dem Gesetze schwächen muß. — Mittermaier bespricht weiter (S. 102 ff.) den sehr ungleichartigen Einfluß des verkündeten Todesurtheils auf die Angeklagten, die Aufregung,

welche namentlich die Frage, ob Begnadigung eintreten solle, gar häufig in der Bevölkerung hervorrufe, die mannigfachen Uebelstände, welche mit der Vollstreckung des Todesurtheils verbunden sind (vergl. Berner S. 22 ff.), freilich überwiegend nur mit der unbedingt öffentlichen Hinrichtung; allein sowohl Mittermaier (S. 161) als Berner (S. 13) erklären sich gegen die Intramuran-Hinrichtung. Mittermaier führt weiter eine Reihe von Zeugnissen darüber an, daß die Vollziehung der Todesstrafe nicht die erwartete abschreckende Wirkung ausübe (S. 109, vergl. Berner S. 17 und 18), während es leider auf der anderen Seite keineswegs an Beispielen dafür fehlt, daß gegen Unschuldige Todesurtheile gefällt und selbst vollstreckt wurden (Mittermaier S. 110 ff., Berner S. 1 ff.); auch dafür werden Zeugnisse vorgebracht (Mittermaier S. 112 ff.), daß, namentlich wo das Gefängnißwesen wohl geordnet ist, keineswegs an der Besserung eines Verbrechers zu verzweifeln sei, ja daß gerade Solche, welche sehr schwere Verbrechen begangen haben, sich der bessernden Einwirkung oft am zugänglichsten erweisen. („Als Regel darf man wohl annehmen," sagt Berner, „die Blutthat ist gleichzeitig der Höhepunkt und der Wendepunkt der Schlechtigkeit; nach derselben tritt der Rückgang zum Guten, die Neigung zur Besserung ein.")

Die Thatsache, daß die Zahl der Begnadigungen im Verhältniß zu jener der vollstreckten Todesurtheile fortwährend steigt, beruhigt keinen der beiden Schriftsteller (Mittermaier S. 115, Berner S. 38). Beide machen geltend, daß es ein Uebelstand sei, wenn der Richter die Milderung eines nach seiner Ueberzeugung zu harten Urtheils dem Begnadiger anheimstellen müsse, und wenn die Ueberzeugung von der Härte einer Strafbestimmung die Nothwendigkeit herbeiführt, das Gesetz durch systematischen Gebrauch des Begnadigungsrechtes zum todten Buchstaben zu machen. Mittermaier weist überdies auf die mancherlei Schwierigkeiten hin, welche aus den gerade hier obwaltenden eigenthümlichen Verhältnissen sich ergaben; es fehlt gerade bei dieser letzten, hochwichtigen Entscheidung nicht selten an Garantien für die Vollständigkeit und Objectivität der ihr zu Grunde liegenden Berichte, während die unmittelbare Anschauung, welche die Strafbemessung in anderen Fällen dem Richter so sehr erleichtert, ganz verloren geht. Mittermaier spricht ausführlich von der peinlichen Aufgabe, die in dieser Beziehung dem Regenten gestellt ist, namentlich wenn Partei-

leidenschaft sich der Frage bemächtigt, oder wenn — gleichviel ob mit Grund — Zweifel an der Schuld des Angeklagten rege gemacht werden; oder endlich wenn über mehrere Todesurtheile zu gleicher Zeit zu entscheiden ist, und es darauf ankommt, den Fall herauszuheben, welcher die strengste Behandlung verlangt.

S. 127 ff. wendet sich dann Mittermaier zur Aufzählung der für die Beibehaltung der Todesstrafe angeführten Gründe und zu deren Widerlegung. Außer den allgemein bekannten Gründen für die Todesstrafe erwähnt er insbesondere die Besorgniß, daß der zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurtheilte von der Verübung eines neuen Verbrechens, selbst eines Mordes, durch keine Furcht vor Strafe abzuhalten wäre, sobald es keine Todesstrafe gäbe; — ferner, daß die vereinzelte Aufhebung der Todesstrafe in dem einen Lande, während sie in den Nachbarstaaten fortbesteht, auf das Gebiet des ersteren die Verbrechen hinlenken müßte. (Eine Besorgniß, die freilich schon durch die bei der partiellen Abschaffung der Todesstrafe gemachten Erfahrungen als grundlos sich erwiesen hat.) Es folgt eine Zusammenstellung der Gründe für die Aufhebung der Todesstrafe (S. 140 ff.) und die Prüfung der neuerdings zur Beseitigung der Nachtheile der Todesstrafe vorgeschlagenen Einrichtungen. (S. 153 ff.)

Die kurze, aber durch Klarheit und Wärme ausgezeichnete Schrift Berner's wendet sich zuerst gegen die „vermeintliche unbedingte Nothwendigkeit der Todesstrafe" (S. 4 bis 10) und weist nach, daß die Todesstrafe weder als ein göttliches Gebot, noch als Forderung der Philosophie anzusehen sei. Mit Unrecht berufe man sich auch auf die Volksstimme. (S. 10 bis 13.) Aber auch unter den relativen Gründen der Strafe spricht keiner für die Todesstrafe; der Zweck der Sicherung und Abschreckung (S. 14 ff.) rechtfertigt sie nicht; ersterer nicht, weil er auf andere Weise zu erreichen ist, letzterer nicht, weil er durch die große Wahrscheinlichkeit der Begnadigung, durch die erhöhte Schwierigkeit der Verurtheilung vereitelt, übrigens auch erfahrungsgemäß nicht erreicht wird. Betrachtet man endlich Besserung (S. 21 bis 24) als Zweck der Strafe, so kann man noch viel weniger für die Todesstrafe stimmen.

Nun untersucht Berner, ob die Todesstrafe den Anforderungen entspreche, welche an ein Strafmittel gestellt werden müssen; daß es nämlich nicht unsittlich sei, ein empfindliches Uebel mit sich bringe, im

Verhältniß der größeren Schuld härter wirke, daß es abschätzbar und theilbar, auf die Person des Schuldigen beschränkt und widerruflich sei, und schließt mit folgenden Worten die bisherige Erörterung: „Nicht unbedingt nothwendig aus dem Standpunkte der Gerechtigkeit; nach dem Urtheil tiefer und ernster Denker die Zuständigkeit der Creatur überschreitend; nach dem Urtheil derer selbst, welche der Gesellschaft ein Recht über das Leben zusprechen, gegen ein Object gerichtet, das der Mensch nur mit heiliger Scheu vernichten darf; für die Sicherheit entbehrlich; in ihrer abschreckenden Kraft durch die Ueberzahl der Begnadigungen und durch ungerechte Freisprechungen sehr abgeschwächt; den Besserungszweck meist erbarmungslos verläugnend; von nachtheiligen Wirkungen auf die Sittlichkeit des Volkes; unabschätzbar und untheilbar; einen Irrthum der menschlichen Rechtspflege durch eine nie gut zu machende Blutthat verewigend: ist die Todesstrafe ein Werkzeug, welches, selbst wenn es ein rechtmäßiges sein sollte, in der Hand des Richters jeden Augenblick zu fürchterlichen Fehlgriffen verleiten kann, bei jeder Anwendung über das Maß hinauszugehen droht, schauderhafte Scenen herbeiführt und auf allen Seiten von so großen Bedenken umgeben ist, daß Alle, denen es um eine mit gutem Gewissen und mit bewußter Sicherheit handelnde Rechtspflege zu thun ist, sich zur Abschaffung dieses Strafmittels zu vereinigen verpflichtet sind."

Was nachfolgt, beruht auf der ganz richtigen Bemerkung, daß die Todesstrafe in allmäliger, aber stetiger Abnahme begriffen, und daß eigentlich nur mehr die Frage sein könne, ob der Zeitpunkt gekommen sei, wo die Abschaffung der Todesstrafe nur als der Abschluß eines seit lange eingeleiteten Processes erscheint. In dieser Richtung stellt Berner die auf die Todesstrafe sich beziehenden Bestimmungen der neuesten deutschen Strafgesetze zusammen, und verlangt (S. 32) die Streichung aller Todesandrohungen, sofern sie sich nicht auf vollendeten Mord, in einem begonnenen Angriff bestehenden Hochverrath und schweren Landesverrath beziehen, gibt dann die namentlich seit der bekannten Schrift Guizots zu immer entschiedenerer Geltung gelangenden Gründe gegen die Todesstrafe bei politischen Verbrechern an (S. 33 ff.) und kommt so zu dem Resultat, daß für die allmälige Abschaffung der Todesstrafe in der That nur noch der Mord übrig bleibe. Nun erörtert er, in wiefern Unterscheidung leichterer und schwererer Arten des Mordes, allmälige Häufung der Begnadigungen, — endlich Steigerung der processualischen Garantien

dazu dienen könnten, den Uebergang zur Abschaffung der Todesstrafe noch vollends zu ebnen, erklärt sich aber gegen diese Palliativmittel, indem er darauf hinweist, daß an der Abschaffung der Todesstrafe seit Beccaria, seit einem Jahrhundert gearbeitet werde, und daß die Zeit der völligen Abschaffung gekommen sei. „Heute ist diese Schrift erfüllt vor Euren Ohren!"

Suchen wir nun über den gegenwärtigen Stand der Frage, über das Für und Wider, welches aus diesen Schriften zu uns spricht, uns klar zu werden, so ergibt sich uns Folgendes: Die Todesstrafe ist in der That in der Abnahme begriffen, immer deutlicher läßt sich erkennen, daß gar wohl die Zeit kommen könnte, (vorausgesetzt, daß die gegenwärtige Generation und die ihr folgende nicht gleich den Altersgenossen Beccaria's und deren nächsten Nachfolgern von langjährigen Kriegen und dem in ihrem Gefolge gehenden Rückfall in die Verwilderung heimgesucht werden), wo die Todesstrafe aus allen Strafgesetzbüchern Europa's verschwunden ist. Auch sollten die Regierungen in diesem muthmaßlichen Verlauf der Dinge nicht bloß etwas sehen, was man über sich ergehen läßt und hinnimmt, sondern ein Ziel, das man ernst in's Auge faßt und dem man bewußt und handelnd entgegenschreitet.

Ist nämlich einerseits in beiden hier angezeigten Schriften mit gutem Grund die alte Controverse über die rechtliche Zulässigkeit der Todesstrafe in den Hintergrund gedrängt, so ist dagegen andererseits überzeugend dargethan worden, daß die Todesstrafe weder vom religiösen noch vom sittlichen, noch vom staatlichen Standpunkt aus als eine unbedingte Nothwendigkeit, als etwas für alle Zeiten Unentbehrliches erscheine. In der That muß man erwägen, daß der Bürger der späteren römischen Republik so wenig als der rauhe Bewohner der germanischen Wälder unter der Androhung der Todesstrafe stand, daß Rußland ebenso wie Toscana die Todesstrafe entbehren zu können meinte, daß Joseph II. sie aufhob, während sie in den jungen amerikanischen Republiken als ein unverbrüchliches Gebot angesehen wurde. Ist nun einmal anerkannt, daß die Todesstrafe beseitigt werden dürfe und könne, so sprechen dafür, daß es auch geschehe, sehr beachtenswerthe Gründe. Unter diesen Gründen steht unseres Erachtens obenan die Furcht vor einem Justizmord. Wie sehr man auch den Strafproceß vervollkommne, die Möglichkeit, daß das Entsetzlichste geschehe, daß ein Unschuldiger den Tod des Verbrechers sterben müsse, wird nie ausgeschlossen werden; gegen falsche Zeugen zum

mindesten werden weder Richter noch Geschworene sich genügend verwahren können. Schon darum muß jeder Versuch, durch Aufstellung objectiver Beweiskriterien dafür zu sorgen, daß das Todesurtheil auf einem höheren Grad von Gewißheit beruhe, fehl schlagen, außerdem aber hat er nur zur Folge, daß das Geständniß mit außerordentlicher Hartnäckigkeit verweigert, der Kampf um dasselbe überwiegend zur Aufgabe des Inquirenten gemacht und die Todesstrafe gerade für die verhärtetste und daher gefährlichste Klasse der Verbrecher unpraktisch wird. Aber auch da, wo dies nicht geschieht, kann ein ränkevoller Angeklagter auf Begnadigung fast sicher rechnen, wenn es ihm gelingt, irgend einen Zweifel an seiner Schuld rege zu machen, zumal wo die Mündlichkeit des Verfahrens und der ohne Entscheidungsgründe abgegebene Wahrspruch der Geschwornen es dem Begnadiger fast unmöglich macht, sich in die Lage des Richters zurückzuversetzen. Bedenkt man weiter, daß unsere Sitten sich einer häufigen Vollstreckung von Todesurtheilen entschieden widersetzen, und daß daher die Frage, die in der Begnadigungsinstanz entschieden werden soll, nicht mehr wie einst darauf geht, ob etwa in einem einzelnen Falle ausnahmsweise Gründe vorhanden seien, den Lauf des Gesetzes zu hemmen, daß vielmehr gegenwärtig von Fall zu Fall dem Regenten das schmerzliche, sonst vom Richter besorgte Geschäft obliegt, Schuld und Strafe gegen einander abzuwägen und miteinander in Einklang zu bringen, so wird man erkennen, daß in dieser dem Staatsoberhaupte persönlich vorbehaltenen peinlichen Aufgabe ein anderer wichtiger Grund gegen die Todesstrafe liege.

Ein dritter, die höchste Beachtung verdienender Grund stützt sich darauf, daß eben in jenen Fällen, in welchen die Todesstrafe allein noch praktisch ist, der Zweck, der durch sie erreicht werden soll, gerade durch das angewendete Mittel wieder gefährdet wird. Wenn die moderne Gesellschaft bei dem Verbrechen des Mordes an der Todesstrafe noch festhält, so ist doch der Gedanke, daß es sich dabei um einen rohen Act der Wiedervergeltung, fast der Rache handle, ganz aufgegeben; man hält die Todesstrafe vielmehr für nothwendig, weil dem Angriff auf das höchste der irdischen Güter mit dem äußersten Nachdruck entgegenzutreten ist, weil dem Abscheu, der die menschliche Gesellschaft Angesichts dieses schwersten Verbrechens erfüllt, durch die entschiedenste That, die überhaupt möglich ist, Ausdruck gegeben werden muß. Soll also in der Bestrafung des Mörders mit dem Tode doch zuletzt nur das Gebot der Heilighaltung

des Menschenlebens auf das Nachdrücklichste eingeschärft werden, so thut es der erwünschten Wirkung gewiß auch wieder Eintrag, wenn die Staatsgewalt selbst erklären muß, daß ihr Abscheu vor der Tödtung eines Menschen kein unbedingt unüberwindlicher sei.

Auf manche andere gegen die Todesstrafe vorgebrachte Gründe würden wir dagegen kein Gewicht legen. Man muß bestreiten, daß die Todesstrafe deßhalb keine abschreckende Kraft habe, weil ihre Vollstreckung minder wahrscheinlich sei. Keine Strafe erscheint als eine unausbleibliche Folge des Verbrechens; man weiß, daß man durch das Verbrechen sich eben nur der Gefahr der Strafe aussetze. Es läßt sich ferner nicht verkennen, daß Verbrecher-Individualitäten vorkommen, bei welchen (so weit überhaupt ein Mensch sich eines Urtheils vermessen darf) die Hoffnung auf Besserung völlig ausgeschlossen ist. Auch den Erfahrungen darf man nicht allzusehr vertrauen, welche nach beiden Richtungen angeführt werden; die Todesstrafe war Jahrhunderte hindurch in allen Staaten der Christenheit auf gewisse Verbrechen gesetzt, sie ist in den Traditionen, in der ganzen Vorstellungsweise des Volkes eingebürgert; der Einfluß, den sie überhaupt auf die Anschauung der Bevölkerung zu üben vermag, kann daher unmöglich dadurch beseitigt werden, daß einige Decennien hindurch in irgend einem einzelnen Lande keine Hinrichtung stattfindet, und wenn andererseits über die Besserung der wegen schwerer Verbrechen Verurtheilten berichtet wird, so muß man doch auch erwägen, daß im Gefängnisse die wirkliche Besserung von der erheuchelten und von einer ruhigen Unterordnung unter das Unvermeidliche, schwer zu unterscheiden sei, während den Eintritt der Besserung gerade jene Personen zu constatiren haben, welche in ihr den wohlverdienten Lohn ihrer menschenfreundlichen Bemühungen begrüßen.

Demungeachtet reichen die oben angeführten Gründe für sich allein aus, um dem, was das Herz wünscht, auch die Zustimmung des Verstandes zu gewinnen, und es bleibt daher in der That nur die eine Frage übrig, welche Berner an dem Schluß seiner Arbeit stellt, ob nämlich die Todesstrafe schon jetzt abgeschafft werden könne, oder ob noch Uebergangsmaßregeln nothwendig seien? Wir verkennen nun nicht das Gewicht der Gründe, welche Berner für seine Ansicht anführt, und wenn die allmälige Abschaffung der Todesstrafe nicht eine Redensart, hinter welcher sich die Vertagung auf unbestimmte Zeit bequem verbirgt, sondern die beharr-

liche Durchführung eines wohldurchdachten Planes sein soll, so gewinnen jene Gründe noch dadurch an Gewicht, daß immer ein großer Uebelstand damit verbunden ist, wenn eine principiell aufgegebene Strafe faktisch noch angewendet wird. Auf der anderen Seite werden wohl Gegner wie Anhänger der Todesstrafe darüber einig sein, daß in einer Frage, wie diese, die Gesetzgebung nicht hin- und herschwanken kann, ohne daß das öffentliche Rechtsbewußtsein tief erschüttert wird; und dennoch hat die Erfahrung bewiesen, daß gerade in dieser Frage ein voreiliger Fortschritt nur allzuleicht einen beklagenswerthen Rückfall zur Folge haben kann. Berner verschließt sich dieser Besorgniß nicht, er meint eben nur, es sei zur Vermittlung des Uebergangs schon genug geschehen. Faßt man nun aber die Thatsachen ins Auge, wie sie sind, so muß man dies doch bezweifeln. Zunächst muß man wohl den Stand der Gesetzgebung nehmen, wie er ist, nicht wie er sein sollte; nun stimmen wir vollkommen der Ansicht bei, daß bei den politischen Verbrechen die Todesstrafe, welche dabei im regelmäßigen Gange der Justiz wohl kaum mehr zur Anwendung kömmt, ebenso unbedenklich beseitigt werden könne, wie bei allen anderen Verbrechen, deren Thatbestand nicht die beabsichtigte Tödtung eines Menschen umfaßt. Schon dies wäre ein bedeutender Schritt, der für die meisten Gesetzgebungen erst noch zu thun ist. Die österreichische Gesetzgebung insbesondere hätte noch einen anderen zu thun, um in diesem Punkt, in dem sie einst den anderen Gesetzgebungen vorausgegangen, mindestens nicht zurückzustehen: die Tödtung im Affect müßte von der Tödtung aus Vorbedacht geschieden, und die Todesstrafe jedenfalls auf letzteren Fall beschränkt werden.

So stellt sich dann die Frage zuletzt dahin, ob die Zeit gekommen sei, auch die auf den Mord (im eben bezeichneten engeren Sinn) gesetzte Todesstrafe sofort zu beseitigen, ob die Gegner der Todesstrafe einen so festen Halt in der öffentlichen Meinung haben, daß sie nicht besorgen müssen, aus der etwa im Sturme eroberten Position bald wieder verdrängt zu werden, etwa durch einen Wechsel maßgebender Personen oder durch den Einfluß vereinzelter Ereignisse. Für diese Besorgniß ist aber gegenwärtig noch Grund genug vorhanden; wäre der Abscheu gegen die Todesstrafe oder auch nur die Ueberzeugung von ihrer Entbehrlichkeit in der That so tief gewurzelt und so weit verbreitet, wie man aus vereinzelnten Manifestationen folgert, wie wäre es denkbar, daß die Todesstrafe sich in Ländern behauptet, in welchen die Gesetzgebung einem ener-

gischen Aufschwung der öffentlichen Meinung unmöglich widerstehen könnte, ja in welchen sogar das Begnadigungsrecht von durch die Wahl berufenen Beamten gehandhabt wird? In anderen Ländern wird dem erkennenden Gericht ein Begnadigungsantrag verstattet, der seine Wirkung gewiß nie verfehlt; in England wird es wohl dieselbe Wirkung haben, wenn die Jury den Verurtheilten der Gnade der Krone empfiehlt; in Frankreich braucht sie blos mildernde Umstände als vorhanden zu erklären, und die Todesstrafe ist ausgeschlossen. So kann man sagen, daß die Todesstrafe nirgend mehr aus bloßem Gehorsam gegen das abstracte Gesetz, daß sie nur auf jene Personen angewendet wird, bei welchen die zur Aburtheilung berufenen Personen sie auch für den individuellen Fall gerechtfertigt fanden.

Es fehlt nicht an Beispielen dafür, daß die bereits aufgehobene oder doch außer Uebung gesetzte Todesstrafe wieder eingeführt wurde. Nicht selten geschah dies unter dem Einfluß einer heftigen und leidenschaftlichen Bewegung in der Bevölkerung, welche durch einzelne einander rasch folgende Verbrechen erregt wurde. Stieß dagegen die Wiederaufnahme der Todesstrafe auf einen heftigen und nachhaltigen Widerstand? So viel wir wissen, wird nur ein Beispiel (das Toscana's) angeführt, und auch bei diesem Beispiel ist es nicht ganz außer Zweifel, ob es sich nicht um eine politische Demonstration gegen die französische Oberherrschaft handelte, eine jener Demonstrationen, wie man sie namentlich in Italien so geschickt anzulegen versteht. Es handelt sich somit bei Abschaffung der Todesstrafe (abgesehen davon, daß eben jetzt das ganze Strafensystem in vollem Uebergangszustande sich befindet, und daher gar nicht genau zu bestimmen ist, was an die Stelle der Todesstrafe treten solle) noch nicht darum, einem dringend und allgemein geäußerten Wunsch der Bevölkerung nachzugeben, sondern es hat umgekehrt die Gesetzgebung die Aufgabe, das Volk für diese der fortschreitenden Gesittung darzubringende Huldigung erst vorzubereiten. Dazu aber scheinen uns die geeigneten Schritte: Einschränkung der Todesstrafe auf Mord im eigentlichen Sinne, später vielleicht selbst auf die im gemeinsten Motiv wurzelnde Art desselben — auf den Raubmord; — die Intramuran-Hinrichtung, welche dem Volke wenigstens den Anblick der Hinrichtung entzieht; — die systematische Ausübung des Begnadigungsrechts in der Richtung, daß die Todesstrafe, nur auf die schwersten Fälle angewendet, in immer größeren Intervallen erscheint, bis sie end-

lich, unbemerkt und daher auch von niemand zurückgewünscht, aus den Anschauungen des Volkes entschwindet [1]).

[1]) Es sei gestattet hier eine spätere Aeußerung des Vers. über die Todesstrafe (Bemerkungen über den „Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Canton Zürich" Wien 1867) beizufügen: „Man kann in unserer Zeit den Streit über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe, als einen solchen, der niemals zu einem völligen Austrage zu bringen sein wird, ja selbst den über die Brauchbarkeit der Todesstrafe für die Zwecke der Strafrechtspflege dahin gestellt sein lassen; es wird für jedes neue Gesetzeswerk schon die Erwägung maßgebend sein, daß die Todesstrafe der Sinnesart unserer Zeit, daß sie unserer Gesittung immer fremder wird, immer mehr als eine isolirte Erscheinung, als ein letzter Rest eines auf ganz anderen Grundlagen ruhenden Criminalwesens auf Widerspruch und immer steigenden Widerwillen stößt, und daß aus dieser Thatsache allein schon der Verwaltung der Strafrechtspflege Hindernisse erwachsen, Nachtheile, welche die Vortheile, die man sich von der Androhung und Vollstreckung der Todesstrafe etwa verspricht, immer auffallender überwiegen. Es sei hier nur das eine Moment hervorgehoben, daß, wo es sich um die Todesstrafe handelt, das Entsetzen, welches Jeden bei dem Gedanken an die Möglichkeit eines Justizmordes ergreift, in allen Stadien des Verfahrens von den ersten Nachforschungen bis zur Entscheidung über die Begnadigung dermaßen einwirkt, daß die Procedur zu einer ganz exceptionellen wird. Thatsache ist, daß, wo nur der leiseste Zweifel angeregt werden kann, von der Vollstreckung der Todesstrafe kaum die Rede sein wird, und daß fast nur das Geständniß jeden Zweifel verstummen macht. Eben dadurch aber wird die Todesstrafe mehr und mehr auf die geständigen und also zumeist minder verhärteten Verbrecher beschränkt. — Auch abgesehen davon, bereitet der Umstand, daß die Todesstrafe durch eine unausfüllbare Kluft von allen anderen Strafarten getrennt ist, einer gleichmäßigen Vertheilung der Strafübel große Hindernisse. Mehr als sonst ist man genöthigt, sie statt dem Richter dem Begnadiger anheimzustellen. Und da tritt nun in einem Lande, wo über die Begnadigung eine zahlreiche Körperschaft abzustimmen hat, noch das hinzu, daß leicht eine Entscheidung durch eine geringe Stimmenmehrheit erfolgen und dadurch aller Welt augenscheinlich machen kann, daß Tod und Leben des Verbrechers schließlich vom Zufalle abhänge. — So wie hierin ein dem Canton Zürich eigenthümliches Motiv für die Abschaffung der Todesstrafe liegt, so erleichtern ihm seine Verhältnisse andererseits diesen wichtigen Schritt in einer ungewöhnlichen Weise. Ueberzeugt, daß die Todesstrafe aus unserer Welt in nicht ferner Zeit verschwinden müsse, wenn nicht durch außerordentliche Ereignisse überhaupt der Fortschritt unserer Gesittung aufgehalten, eine Umkehr zu rauherem Wesen herbeigeführt wird, glaube ich doch, daß kein Staat anders als mit größter Vorsicht an die Beseitigung der Todesstrafe gehen sollte. Es muß volle Beruhigung darüber erlangt sein, daß man nicht genöthigt sein werde, auf die Todesstrafe zurückzugreifen. Dies hat man in Zürich wohl kaum zu besorgen. Zwar ist der Uebergang mit Rücksicht auf die große Strenge des jetzt bestehenden Strafgesetzes ein ziemlich schroffer. Allein im Uebrigen kann wohl ein kleines Staatsgebiet, in welchem todeswürdige Verbrecher selten vorkommen, in welchem die öffentliche Sicherheit durch nichts auffallend gefährdet wird, wo vielmehr die Erhaltung derselben durch den Wohlstand, die Arbeitsamkeit und Homogeneität der Bevölkerung sehr erleichtert wird, wo ferner die große Schwierigkeit, welche sich anderswo der Abschaffung der für hochverrätherische Attentate angedrohten Todesstrafe entgegenstellt, von selbst entfällt, es leichter auf sich nehmen, anderen Staaten mit dem Beispiele der Abschaffung der Todesstrafe voranzugehen."

IX.

Ueber Nothwehr.

Ueber Nothwehr.

(Allg. österr. G. Z. 1858, Nr. 1 u. 2.)

Die Lehre von der Nothwehr wird um der Schwierigkeit der zu lösenden Aufgabe willen und wegen des Zusammenhanges derselben mit den letzten Gründen von Recht und Strafe für denkende Juristen immer eine besondere Anziehungskraft haben. Wir dürfen uns daher freuen, nicht gar zu lange Zeit nach dem Erscheinen von Levita's „Recht der Nothwehr" der Aufmerksamkeit unserer Leser die Erstlingsarbeit eines Oesterreichers über diese Materie empfehlen zu können: „Die Lehre von der Nothwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung von J. U. Dr. August Geyer" [1]).

Arbeiten österreichischer Juristen, welche sich so ganz als Beiträge zur gemeinrechtlichen Literatur darstellen, daß die Heimath des Verfassers nur an der fleißigeren Benützung altösterreichischer Rechtsdenkmale zu erkennen ist, sind ohnehin nicht häufig genug, um übersehen werden zu können: Sorgfältige Benützung eines großen Theils der reichen Literatur dieser Lehre, das Bestreben des Verfassers, seine zum Theil eigenthümlichen Ansichten zugleich begrifflich und geschichtlich zu begründen und dabei nicht an die Oberfläche sich zu halten, sondern die Dinge ihrem innern Wesen nach zu erkennen und darzustellen, geben überdies Zeugniß von dem ernsten wissenschaftlichen Sinne des Verfassers und lassen sein Unternehmen selbst demjenigen als ein verdienstliches erscheinen, der — wie ich nun allerdings von mir bekennen muß — weder mit der Anlage der Arbeit, noch mit den Resultaten derselben einverstanden ist.

Die Arbeit Levita's findet ihren Schwerpunkt in einer Dogmengeschichte, die so vollständig ist, daß sie — was das Material betrifft

[1]) Jena, Druck und Verlag von Friedrich Manke. 1857. VIII. und 175 S. in 8. — Eben erschienen übrigens: Dr. Hermann Seeger's Abhandlungen aus dem Strafrechte, deren Eine ebenfalls die Nothwehr behandelt, was hier der Vollständigkeit wegen erwähnt sei, obgleich die Arbeit für vorliegenden Aufsatz nicht mehr benützt werden konnte.

— dem Nachfolger nur sehr wenig zu thun übrig läßt. Es war daher nicht zu verwundern, daß Geyer das Hauptgewicht auf die begriffliche Entwicklung legt und er würde dazu wohl schon durch das literarische Bedürfniß getrieben worden sein, auch wenn ihn nicht seine individuelle Richtung ohnehin auf diesen Weg gewiesen hätte. Während aber Levita seine historischen Untersuchungen mit einer sehr eingehenden Darstellung des neuesten Rechtszustandes schließt, alle Detailfragen von diesem Gesichtspunkt aus bespricht, und in der philosophischen Einleitung nur den Grundgedanken selbst darlegt, schlägt Geyer auch in dieser Beziehung den entgegengesetzten Weg ein, was an seiner Schrift die unmittelbare Beziehung zur Gegenwart und ihrer Praxis vermissen läßt, welche in einer juristischen Monographie nie vermißt werden sollte.

Zu der Sache selbst übergehend, möchte ich die Gelegenheit benützen, um möglichst unbefangen die großen Fragen, um welche sich es hier handelt, so weit es die Enge des mir zur Verfügung stehenden Raumes gestatten will, von meinem Gesichtspunkte aus zu beleuchten.

Die Bezeichnung der Jurisprudenz als divinarum atque humanarum scientia ist nicht blos eine Phrase, in welcher die Selbstüberhebung eines Juristen sich Luft macht. Niemand kann hoffen, diese Wissenschaft zu fördern, wenn er zu solcher Arbeit nicht einen philosophisch geschulten Kopf, einen Blick mitbringt, welcher die Weltverhältnisse in ihrer ganzen Größe zu sehen und zu überschauen vermag. Darüber wird ernstlich wohl kaum gestritten, so wie umgekehrt die Frage, ob wirklich nur derjenige wissenschaftlich-denkend die Welt überschaut, der sich ein Schema aus ihr abstrahirt hat, oder sie aus irgend einem glücklich gefundenen Punkte heraus aprioristisch construirt — hier nicht zu erörtern sein wird. Wogegen aber nicht laut und nicht beharrlich genug Verwahrung eingelegt werden kann, das ist der Anspruch der abstracten Philosophie auf eine unmittelbare Herrschaft innerhalb der Rechtswissenschaft, analog derjenigen, die sie einst auch innerhalb der Naturwissenschaften sich verschafft hatte, die ihr aber dort längst definitiv abgesprochen ist. Diese Prätension wird namentlich in der Weise erhoben, daß der Charakter der Wissenschaftlichkeit an die Unterwerfung des Juristen unter irgend eine der großen philosophischen Schulen geknüpft, und daß als Gegensatz dazu nur die gedankenlose Beschäftigung mit der positiven Norm übrig gelassen wird. Da kann man dann freilich auf jenen heili-

gen Drang sich berufen, der jeden Menschen antreibt, über Thatsachen und Handlungen, seine eigenen sowohl als die Anderer, innerlich wenigstens, ein rein aus dem Innern geschöpftes Urtheil abzugeben, welches unverkennbar eben so verschieden ist von der sittlichen Beurtheilung als unabhängig von willkürlichen Satzungen. Folgt aber daraus, daß dieses Rechtsgefühl in uns lebt und bei jedem Anlaß laut wird, etwas Anderes, als daß wir die einzelnen Aeußerungen dieses Gefühles zugleich sorgfältig beachten und vorsichtig prüfen, daß wir diese psychologischen Thatsachen zu ihrem Ursprung hin verfolgen müssen, um so aus derselben Quelle, aus welcher die Rechtsnorm, sei es in der Form der Gewohnheit, sei es in der bewußten That des Gesetzgebers, entspringt, auch das Kriterium zur Würdigung des bestehenden Rechts, die Anleitung zur Fortbildung desselben zu gewinnen? Oder ist es wissenschaftlicher und heilsamer, dieses Gefühl zum Schweigen zu bringen, und das an sich schon abstracte moderne Gesetz an Abstractionen zu messen, die weder werthlos, noch völlig unrichtig sein mögen, in ihrer Anwendung auf das gesunde, volle, wohl auch etwas eigensinnige Leben aber entweder gänzlich den Dienst versagen, oder zu Aussprüchen, so verläßlich wie die der sortes Virgilianae, führen müssen?

Zu solchen Fragen gibt nicht leicht etwas so viel Anlaß, als die Geschichte der Lehre von der Nothwehr. Das Recht der Nothwehr mußte natürlich zu allen Zeiten durch die positive Gesetzgebung eher eingeschränkt als ausgedehnt werden, es ist unter den Händen der abstracten Philosophie sehr oft ganz verschwunden; aber niemals ist es gelungen, in den Herzen der Menschen, der Gebildetsten wie der Rohesten, der Gewaltthätigsten wie der Sanftesten, jene Stimme zum Schweigen zu bringen, welche laut für seine Existenz Zeugniß gibt, und welcher Cicero nur ein beredtes, aber diesmal nicht oratorisch übertreibendes Organ leiht, wenn er auf die Nothwehr die oft citirten Worte anwendet: Est haec non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.

Fordert nun wirklich von uns die Vernunft und die rechtlich-sittliche Ordnung der Dinge, die uns trägt, daß wir von diesem allgemeinen Menschengefühl uns lossagen, es als ein Vorurtheil zurückweisen, und denjenigen, der nur sein Recht gegen den Angreifer vertheidigt hat, als einen Menschen behandeln, der etwas (von seinem Standpunkt aus ge-

ſehen) Unrechtes und ſelbſt Strafbares gethan hat und — davon nicht zu ſprechen, daß man ihn, einem Wahnſinnigen gleich, als willenlos darſtellt — der Strafe nur entgeht, weil durch dieſe eine höhere, ihm fremde Harmonie geſtört würde?

Ich glaube, daß dem nicht ſo iſt, und daß — aufgefordert, vor dem Richterſtuhl der Vernunft ſich zu rechtfertigen — „das gemeine Menſchengefühl" allenfalls auch Rede ſtehen kann, wenn man nur mit dem Begriff des Rechtes nicht Vorſtellungen verbindet, welche ganz willkürlich, dem allgemeinen Sprachgebrauch widerſprechend, damit verknüpft werden. Dem allgemeinen Sprachgebrauch, der in allen Zeiten, bei allen Völkern herrſchenden Ueberzeugung zufolge verſteht man aber unter dem Recht nicht ein Geſetz, das die Gewiſſen bindet, ſondern eins, das die Handlungen und die Dinge beherrſcht. Im ſubjectiven Sinne verſtehe ich unter meinem Recht nicht etwas, was der Andere mir zugeſtehen ſollte, ſondern was er mir zugeſtehen *muß*. Wenn ein Zuſtand als meinem Recht entſprechend bezeichnet werden kann, ſo heißt das nicht blos, daß ich mich ſein ohne Gewiſſensvorwurf erfreuen darf, ſo lange er eben beſteht, ſondern daß ich ihn mit allen mir zur Verfügung ſtehenden Mitteln erhalten darf, ſo lange ich will und ſo lange nicht ein *rechtmäßig* eintretendes Ereigniß ihm ein Ende macht. Unabhängigkeit von der Willkür des Unberechtigten iſt ja eben das charakteriſtiſche Merkmal des Rechts, und ideell ſollte die Verletzung eines Rechtes ſo wenig denkbar ſein, als die Verläugnung eines Naturgeſetzes. Factiſch allerdings wird die zur Aufrechthaltung des Rechtes erforderliche Gewalt manchmal fehlen; aber wie ſollte *der* ſich mit dem Recht in Widerſpruch geſetzt haben, der ihm eben jene zwingende Gewalt zur Verfügung ſtellt, deren es bedarf, um ſich zu behaupten? Folgt alſo aus dem Begriff des Rechtes, daß der factiſche Widerſtand, welcher ſich der Verwirklichung desſelben entgegenſtellt, überwunden werden dürfe und müſſe: ſo verſteht ſich's von ſelbſt, daß derjenige, welcher rechtswidrig in fremde Rechte eingreifen will, nicht *rechtswidrig* verletzt wird, wenn er ſelbſt einen Zuſtand herbeigeführt hat, in welchem nur zwiſchen dem Unterliegen des Rechtes und der Verletzung des Angreifers zu wählen war. Qui jure suo utitur, neminem laedit.

Das iſt ſo einleuchtend, daß man faſt in Verlegenheit geräth, es beweiſen zu ſollen; indeß ſchwindet wohl der letzte Zweifel darüber, daß dem Angreifer kein Unrecht widerfährt, ſobald es zur Verhütung einer

von ihm ausgehenden Rechtsverletzung nöthig war, ihn zu verletzen — wenn man sich die Verletzung als von der Staatsgewalt ausgehend denkt; denn daß die Staatsgewalt verpflichtet ist, den Rechtszustand gewaltsam aufrecht zu erhalten, daß sie selbst vor der Verletzung und Tödtung desjenigen, der einen rechtswidrigen Angriff ausführt, nicht zurückweichen darf, wenn so allein die Verletzung des Rechtes verhindert werden kann, ist wohl nicht bestritten. Wird man, wenn sie dieser Pflicht sich entledigt, auch von ihr behaupten wollen, daß sie etwas an sich Unrechtmäßiges, nur hier Unsträfliches thue?

Wenn also demjenigen kein Unrecht widerfährt, der in nöthiger Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes verletzt wird: so kann auch der Angegriffene selbst unter diesen Umständen nicht sich eines Verbrechens gegen den Angreifer schuldig machen. Fällt ihm etwas zur Last, so kann es nur darin liegen, daß nicht er zu thun berechtigt war, was an sich rechtmäßiger Weise gethan werden konnte und mußte, daß er also sich gegen die Staatsgewalt verging, indem er ihr Recht, jenen Act vorzunehmen, usurpirte; und damit ist allerdings der Punkt erreicht, wo die eigentlichen Schwierigkeiten der Lehre von der Nothwehr beginnen.

Bringt es nämlich in der That das Wesen des Staates mit sich, oder fordern es auch nur peremptorisch gebietende Zweckmäßigkeitsrücksichten, daß die Abwehr bevorstehender Rechtsverletzungen der Staatsgewalt allein vorbehalten bleibe? Ich glaube auf ziemlich allgemeine Zustimmung rechnen zu dürfen, wenn ich auch diese Frage entschieden mit Nein! beantworte. Die Staatsgewalt kann vernünftigerweise nicht die Aufgabe haben, für den Privaten zu thun, was dieser selbst durchzuführen vermag; weit entfernt, einen Zuwachs an Macht und Würde in einer solchen exclusiven Berechtigung zu Präventivmaßregeln zu sehen, müßte die stärkste Staatsgewalt davor erschrecken, so in erster Linie für die Erhaltung jedes Privatrechtes verantwortlich gemacht zu werden; weit entfernt, für die Lösung ihrer unmittelbaren Aufgaben dadurch etwas zu gewinnen, würde sie vielmehr in der Heranbildung einer schwächlichen Bevölkerung, die aller Spontaneität entbehrend gewohnt ist, jeder Unbill sich zu fügen und überall Hilfe von oben her zu erwarten, die ernsteste Gefahr für Macht, Glanz und Gedeihen des Staates erkennen müssen.

Wäre also nur Gewißheit dafür geboten, daß Jeder im Stande sei, sich im Genusse seiner Rechte zu erhalten, und daß Niemand das Uebergewicht der ihm zur Verfügung stehenden physischen Kräfte mißbrauchte, um Anderen Unrecht zu thun, so wäre in der That solcher Zustand der für Alle, besonders aber für die Staatsgewalt, erwünschteste. Allein diesem Ideal entspricht die Wirklichkeit fast nie; da nämlich die Uebermacht auch dem Unrecht zur Seite stehen kann, wird die Gewalt auch zur Ueberwindung eines gerechtfertigten Widerstandes, zur Durchsetzung einer Rechtsverletzung gebraucht werden. Ja, sie wird in der Regel auf dieser Seite sich befinden, denn der Schwächere wird selten versucht sein, Unrecht zu thun. So wird also das Recht nur dadurch in Geltung erhalten, daß die höchste aller Gewalten immer bereit ist, sich auf seine Seite zu stellen. Eben aber weil es dem, der im Rechte ist, immer frei steht, den Schutz dieser unwiderstehlichen Gewalt anzurufen, wird es thatsächlich sich fast immer so gestalten, daß er auch geneigter sein wird, dies zu thun, als der Stärke des eigenen Armes zu vertrauen. Eigenmacht und Unrecht treten in Folge dessen in einem geordneten Staatswesen so beharrlich die eine in der Gesellschaft des Andern auf, daß sich sehr leicht die Vermuthung feststellt, wo die eine sich zeige, sei das andere nicht fern. Diese Vermuthung also hat Jeder gegen sich, der Gewalt braucht; und wenn er behauptet, er habe sie nur gebraucht, um die Thatsachen mit seinem Recht in Einklang zu bringen, so wird er nicht leicht Glauben finden. Noch mehr! Jeder muß sich sagen, daß er über sein Recht auch im Irrthum sein könne, daß die Leichtigkeit, mit welcher wir glauben, was uns erwünscht ist, ihn fortreißen könne, voreilig zur Durchsetzung einer, vielleicht nicht mehr gut zu machenden Rechtsverletzung Gewalt zu brauchen; und der Rechtliebende wird deßhalb zu Letzterer, wo ihm die Wahl bleibt, nur dann greifen, wenn er mehr als seine eigene Ueberzeugung für sein Recht anführen kann.

Um jener Vermuthung willen, um bequeme Vorwände ein für allemal abzuschneiden und um nicht unablässig den Folgen von Selbsttäuschungen über den Bestand eines Rechtes begegnen zu müssen, wird also die Staatsgewalt im Interesse der öffentlichen Ordnung und der sicheren Lösung ihrer Aufgaben der Selbsthilfe, jederzeit nach den Verhältnissen sich richtend, Schranken setzen, und die Ueberschreitung derselben, auch wo sie nicht als rechtswidrige Verletzung des Einzelnen erscheint, als Auflehnung gegen ihre eigene Gewalt bestrafen müssen.

Indeß wird man dem Mittel den Zweck nicht opfern ſollen. Wenn alſo eine ſolche Beſchränkung der Eigenmacht ein Opfer iſt, welches zwar nicht als Conſequenz des Rechtsbegriffes, aber als Bedingung des ſicheren Beſtandes der Rechtsordnung angeſehen werden muß, ſo lange es ſich lediglich um die Frage handelt, wer die zum Schutz des Rechtes erforderliche Gewalt üben ſolle; würde es als Verläugnung alles Rechtes erſcheinen, wenn unter Umſtänden, wo jener Schutz vom Staat nicht zu erwarten iſt, der Einzelne doch nur auf dieſen Schutz angewieſen werden ſollte. Dieſes Verhältniß kann aber aus zwei verſchiedenen Gründen eintreten. Entweder, weil nach den Umſtänden des Falles die Staatsgewalt gar nicht im Stande iſt, das Unrecht zu verhindern; oder weil die Sachen ſo ſtehen, daß ſie — die Verletzung einmal verübt — nicht davon zu überzeugen ſein wird: es ſei hier für ſie ein gerechter Anlaß zum Einſchreiten gegeben. In letzterer Beziehung iſt nämlich klar, daß bei widerſprechenden Forderungen Mehrerer leicht der Fall eintreten kann, wo die um Hilfe angegangene Staatsgewalt ſich nicht davon zu überzeugen vermag, wer im Recht, wer im Unrecht ſei; in einem ſolchen Fall kann ſie natürlich nichts anderes thun, als ſelbſt unthätig ſich verhalten und auch die Privaten dazu zwingen — d. h. ſie ſchützt den Stand der Dinge, wie er eben vorliegt, den gegenwärtigen Beſitzſtand.

Nur innerhalb dieſer Grenzen iſt alſo dem Unterthan der Schutz des Staates wirklich geſichert, und ſo kommt es denn allerdings, daß zwei dem Weſen des Rechtes ſelbſt vollkommen fremde, vom Wege des abſtracten Denkens weit abliegende Momente ſich als entſcheidend herausſtellen. Das hat die doppelte Conſequenz, daß einerſeits die Staatsgewalt ſelbſt vor Allem Jeder willkürlichen, eigenmächtigen Veränderung des Beſitzſtandes entgegentreten, andererſeits, daß ſie es in der Ordnung finden muß, wenn jeder ſeine eigene Gewalt gebraucht, um ſeinen Beſitzſtand zu erhalten.

Iſt Vorſtehendes richtig, ſo kann als feſtſtehend angenommen werden: Wer nur erleidet, was nöthig war, um einen von ihm mit Wiſſen und Willen unternommenen Angriff auf fremdes Recht (rechtswidrigen Angriff) abzuwehren, erleidet kein Unrecht, wer immer es ihm zugefügt haben mag. Wer ſich und ſeinen Beſitzſtand gegen Privatgewalt mit Gewalt und ſelbſt mit der äußerſten Gewalt ſchützt, wo ihn die Staatsgewalt nicht ſchützen kann, lehnt ſich auch nicht gegen die öffentliche

Ordnung auf, vergeht sich nicht der Staatsgewalt gegenüber. Nichts ist also in einem solchen Fall, ist seine Existenz einmal dargethan, gegeben, was zur Verhängung einer Strafe auch nur den entferntesten Anlaß bieten könnte.

Ich fühle, daß ich die Grenzen, welche einer Erörterung, wie diese, hier gesteckt sein müssen, fast überschritten habe; es sei also nur noch gestattet, mehr andeutend als beweisend, den Gesichtspunkt hervorzuheben, der mir für die Lösung fast aller Detailfragen maßgebend scheint. Wie ich die Nothwehr ansehe, ist der Conflict, welcher zu ihrer Anwendung allein führen kann, immer ein persönlicher. Die Personen stehen sich gegenüber; wissend und wollend sucht der Eine gewaltsam durchzusetzen, was der andere rechtmäßiger Weise nicht dulden zu wollen erklärt. Was immer den Anlaß zu diesem Streit gibt, es steht auf der einen Seite das Recht, auf der andern das Unrecht, und in dem Maße, als sich gelindere Mittel der Abwehr als erfolglos bewähren, oder sie als solche vermöge der Heftigkeit des Angriffes sogleich zu erkennen sind, zeigt es sich immer deutlicher, daß die ganze Persönlichkeit der beiden Streitenden mit hineingezogen wird, und daß dem Angegriffenen nur die Wahl bleibt zwischen persönlicher Unterwerfung unter das Unrecht und der Behauptung seines Rechtes. In solcher Situation ist allerdings jedes angegriffene Recht gleich werthvoll, oder doch wenigstens gleichmäßig berechtigt, sich dem Unrecht gegenüber zu behaupten; sie bringt aber auch mit sich, daß das gegenseitige Verhältniß von Angriff und Abwehr fortwährend beobachtet werden kann, und daß die letztere gerade da einhalten kann, wo ersterer sich zurückzieht oder besiegt ist[2]).

Dem Verfasser der Schrift, welche zu vorstehenden Erörterungen Anlaß gab, sind wir es nunmehr schuldig, auf die Beweisführung einzugehen, welche seine von der hier entwickelten weit abweichende Ansicht

[2]) Aus diesen Voraussetzungen würden sich unter andern folgende Consequenzen ergeben: Es gibt nur eine Nothwehr gegen Gewalt und nur eine Nothwehr mit Gewalt; wer z. B. fürchtet vom Anderen vergiftet zu werden, darf diesen nicht seinerseits vergiften; wer auf Grund eines falschen Schuldscheins auf Zahlung geklagt wird, darf sich nicht etwa durch eine gefälschte Quittung oder gar durch falsche Zeugen vertheidigen. — Die Gewalt, die der in Nothwehr Handelnde gebraucht, kann nur angewendet werden, indem Person der Person gegenübersteht, wo also unmittelbar die Ueberzeugung gewonnen wird, daß der Angreifer auf seinem Vorhaben auf alle Gefahr hin beharrt; Vertheidigung gefährdeten Eigenthumes durch Selbstschüsse ist also keine Nothwehr (s. den Fall in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1826, II. H. S. 176 und in Osendrüggen's Casuistik S. 7); ebensowenig als es Nothwehr ist, wenn ich, erst in dem Augenblick hinzutretend, wo der Dieb mit meiner Sache schon außer Hörweite ist, ihm nachschieße.

unterſtützt. Das Studium der deutſchen rechtsphiloſophiſchen Syſteme hat Geyer derjenigen Schule zugeführt, mit welcher allerdings die Jurisprudenz am leichteſten Frieden halten kann, weil ſie, ihrer eigenen Lehre getreu bleibend, des Eingehens auf jede ſpecifiſch-juriſtiſche Frage ſich enthalten müßte — ich meine die Herbart'ſche. G. räumt ihr indeß einen durchgreifenden Einfluß ein, und geht denn ſeine Darſtellung ſogleich von der Aufſtellung eines Rechtsbegriffes aus, welcher juriſtiſch unhaltbar iſt. Hören wir ihn ſelbſt: „Es richte ſich ein Wollen auf irgend einen Gegenſtand, und es treffe nun zuſammen mit dem Wollen des Zweiten . . . Jedes der beiden Wollen will über den Gegenſtand verfügen . . . Nun ſei aber der Gegenſtand ſo beſchaffen, daß er nur Einer Dispoſition folgen kann . . . Beide Wollen ſtreiten. Und brauchen wir es erſt zu beduciren, daß der Streit mißfällt, daß unſer Inneres ein mißbilligendes Urtheil über ihn fällt? Dieſe tadelnde Stimme ſoll zum Schweigen gebracht werden, indem der Streit aufhört. Der Streit ſoll beigelegt werden, ihm ſoll der Friede folgen. Dieſe ethiſche Forderung ergeht an den Streitenden. Denken wir uns nun den einfachſten Fall. Das eine der ſtreitenden Wollen laſſe von dem Gegenſtande, und damit von dem Streite ab. In dieſem Ablaſſen liegt zugleich eine Ueberlaſſung des Gegenſtandes an das andere Wollen. Denn wenn jenes Wollen dieſes negirte, ſo nimmt es nun die Negation zurück, es läßt von dem Streite ab, nachdem ihm bewußt geworden iſt, daß das andere Wollen über denſelben zu verfügen ſtrebe. Indem der Eine der Streitenden ſein Wollen zurücknimmt, erklärt er, daß dieſes kein Hinderniß ſein ſolle für die Dispoſition des Andern. Er überläßt alſo den Gegenſtand an dieſen; dieſer verfügt darüber mit ſeiner Zuſtimmung, der Streit iſt zu Ende. Wollte nun Jener, der überlaſſen hat, ſeine Ueberlaſſung zurücknehmen, ſo würde er dadurch den Streit von Neuem erheben, und auf ihn würde die Mißbilligung des ethiſchen Urtheils fallen. Es iſt ſomit durch die Ueberlaſſung eine Rechtsgrenze gezogen worden; durch die Ueberlaſſung des Einen hat der Andere ein Recht erhalten. Recht in ſubjectivem Sinne iſt daher die auf Ueberlaſſung begründete ethiſche Geltung einer beſtehenden Willensäußerung, welche die Beeinträchtigung dieſer Willensäußerung als eine Störung des Friedens unterſagt. Recht im objectiven Sinne iſt eine Norm zur Beilegung des Streites."

Ich glaube nun leicht beweiſen zu können, daß nichts in der eben

wiedergegebenen Deduction zu finden ist, was den vom Verfasser adoptirten Rechtsbegriff uns aufdrängte, und aufgedrängt müßte er uns in der That werden, so sehr widerstrebt er allen unsern, allen in der Welt herrschenden Vorstellungen vom Recht.

Der Streit mißfällt! Wohl, aber auch jeder Streit? Wären Maler und Dichter im Irrthum oder in der Ausbeutung einer niedern menschlichen Regung befangen, wenn sie annehmen, daß sie wenig anziehendere Bilder unserem Auge zu bieten haben, als die eines Kampfes zweier edler, von großen, aber entgegengesetzten Ideen getragener Menschen? Wäre die Ilias, das Buch der Kämpfe, des nicht geschlichteten Streites vor den Augen eines hellsehenden ästhetisch-ethischen Beurtheilers der Bewunderung der Jahrhunderte nicht werth? Wäre es wirklich ein Streit, der unser Mißfallen erregt, wenn zwei Verhungernde einander das letzte vorhandene Brod aufdrängen, weil jeder lieber sterben, als den andern sterben sehen will? — Und selbst wenn wir aus diesen reinen Regionen herabsteigen, zwingt uns das Mißfallen am Streite, das gleiche Urtheil über beide Streiter zu fällen? Oder fragen wir nicht, wer den Streit begonnen, wer von Beiden begehrt oder behauptet, was er nicht begehren oder behaupten sollte? Weit entfernt also, daß das Mißfallen am Streite uns zur Anerkennung des Rechtes führte, ist es oft gerade die Anerkennung des Rechtes, was uns erst den Streit mißfällig macht, uns zum Tadel, allerdings nicht beider Streiter, sondern nur eines derselben bestimmt. Nicht vom Mißfallen am Streit zum Recht, sondern vom Recht zum Mißfallen am Streit führt also die unbefangene Betrachtung.

Aber einmal zugegeben, daß jenes ästhetisch-ethische Urtheil wirklich eine Zauberformel sei, die alles menschliche Handeln bindet, gleichviel welche wichtige Interessen, die ihrerseits Berücksichtigung verdienen, sich entgegenstellen; wie kann die Unterwerfung unter dieselbe Recht begründen? Wenn ich den Streit um jeden Preis vermeiden muß, so habe ich nichts Anderes zu thun, als mich so schnell als möglich zurückzuziehen, sobald ich entdecke, daß ich mit dem (gleichviel ob vernünftigen oder unvernünftigen) Willen eines Andern in Widerspruch gerathe. Dasselbe darf ich aber auch von ihm voraussetzen; und ich darf also annehmen, daß wir uns beide von der Sache zurückgezogen haben; daraus folgt denn, daß jeder seinen Willen wieder auf die Sache richten kann und so in infinitum. Was gerade den Einen bestimmen sollte, entschiedener zu-

rückzutreten, als den Andern, ist gar nicht abzusehen, es müßte denn die Ueberzeugung sein, daß mein Nachbar weniger bereit ist, als ich, sich dem Ethos zu unterwerfen.

Aber wenn *nur* das Mißfallen am Streit und die Ueberzeugung, daß der Andere nicht nachgeben würde, mich bestimmt haben, auf die Sache zu verzichten; wie sollte mich dieser Verzicht anders binden, als ich bisher schon gebunden war. Wo ist ein Beweis geführt, daß ich meinen Willen auf das Aufgegebene nicht wieder richten darf? Wenn es unsittlich ist, eine Sache zu ergreifen, auf die das Wollen eines Andern gerichtet ist, weil das zum Streit führt, so ist es sehr gleichgiltig, ob ich diese Sache ihm schon einmal überlassen habe oder nicht; denn nicht in meinem (früheren) Willen, sie ihm zu überlassen, sondern in seinem Willen, sie zu behaupten, liegt das, was mich, als Streitmeidenden, verpflichtet, zurückzustehen. Der Umstand, daß schon früher ein Widerstand der „Wollen" durch Rücktritt des Einen beendigt wurde, ändert also nichts in dem nachfolgenden Verhältniß, — nicht von meinem Standpunkt, der ich die Sache früher fahren ließ, aber auch nicht vom Standpunkte dessen, dem ich sie überließ; denn so wie er bemerkt, daß mein Wollen — ob sittlich tadelnswerth oder nicht, ist für ihn gleichgiltig — sich neuerdings auf die Sache richtet, muß er den Streit herankommen sehen, und von diesem Augenblick zwingt ihn das Mißfallen an letzterem, sie mir zu überlassen; denn zu ihm, wie zu mir, spricht jetzt wieder die tadelnde Stimme, die nur zum Schweigen gebracht wird, indem der Streit aufhört. Wenn aber die vorausgegangene Ueberlassung es rechtfertigen sollte, daß er auf der Sache beharrt, obgleich dieses Beharren zum Streit führen kann, dann hört wieder jenes Mißfallen am Streit auf, *unbedingt* wirksam zu sein, und hundert andere gleiche Gründe können es ebenfalls rechtfertigen, daß ich mich einem Streite aussetze. Wie kann man da noch sagen: „des Rechtes Unverletzlichkeit, sein heiliges Ansehen wird begründet durch das ethische Urtheil: der Streit mißfällt!"

Gesetzt aber auch, dieser saturnische Grundsatz verschlänge nicht sogleich die eigenen Kinder, so haben wir erst hier ein Compromiß zwischen *Zweien*. Wie aber, wenn der Streit, statt zwischen Zweien, zwischen Unzähligen entsteht, wie aber, wenn das, was mein Nachbar mir überlassen will, zugleich hundert Andere verlangen? Wenn *mein Recht* nur auf das ethische Gesetz sich stützt, welches den bindet, der mir es einge-

räumt hat, wie soll es Werth und Geltung haben in den Augen der Andern? Ganz abgesehen davon, daß alles dies nur von dem einfachsten Streit um Mein und Dein gelten kann, wie soll man als Recht ansehen, was so ganz abhängig ist von der Willkür Anderer?

Von seinem Standpunkt aus hat aber der Verfasser ganz Recht, wenn er sagt, daß das Urtheil; „der Streit mißfällt!" keine zwingende Macht begründe, welche dem Recht etwa zur Seite stünde, um den Verletzer desselben mit Gewalt zurückzuweisen. Gewiß ist das, seine Prämissen zugegeben, richtig. Der Berechtigte hat ja nicht einmal das Recht, ohne Gewalt auf seinem Rechte zu bestehen; denn das führt zu einem Gegensatze der „Wollen," also zum Streite! Wenn dann ein Ausweg darin gesucht wird, daß die Realisirung der Rechtsidee der Gesellschaft übertragen wird, welches geschehen soll „durch das gemeinsame Wollen, den Streit zu vermeiden, und durch die Anerkennung, daß das Urtheil über die Festsetzung streitiger Rechtsgrenzen der Gemeinschaft gebühre, deren Repräsentant der Richter ist," so ist damit wenig geholfen. Denn da der Richter nur über streitige Rechtsgrenzen zu entscheiden hat und das ethische Gesetz: Vermeide den Streit! in der Gesellschaft nicht aufgehoben ist; so kann der Richter in der That nur unter Solchen zu entscheiden haben, welche das Ethos verläugnen. Und nach welcher Regel soll er entscheiden? Wie die Sache hier dargestellt ist, wäre das ganz gleichgiltig; der Streit wird vermieden, wie immer der Richterspruch ausfällt, und so durch jede Entscheidung dem Rechtsbegriff Genüge geleistet; und die Norm, durch welche dem Streit ein Ende gemacht wird, lautet eben nur: Unterwerft Euch dem Richter! Das ist beruhigend für die Parteien, aber was soll den Richter leiten?

Das Recht also, welches der Verfasser vor Augen hat, ist abhängig erst von der Willkür der Parteien, dann von der Willkür oder doch von der durch kein selbstständiges Licht erhellten Einsicht des Richters. Ein solches Recht hat freilich keinen Anspruch auf selbstständige Vertheidigung; und wenn etwas zu verwundern ist, so ist es, daß der Verfasser die Nothwehr überhaupt noch, zwar nicht zuläßt, aber doch duldet. Seine Motivirung dieser Duldung hängt mit der Anerkennung oder vielmehr Postulirung einer anderen praktischen Idee, der der Vergeltung (Herbart's Billigkeit) zusammen. Aus dieser Idee folgt das Recht der Gesellschaft, zu strafen; die Nothwehr ist „eine Gegenver-

letzung des Rechtsverletzers, welche durch den Angegriffenen bewirkt wird. Wenn der Staat hiezu, insofern er Rechtsgesellschaft ist, ein Recht ertheilt, so dürfen wir diese Thatsache nicht so geradezu hinnehmen, ohne nach ihrem Grunde zu fragen. Und der Grund zur Errichtung dieses Rechtes liegt hier allein in einer von der Idee der Vergeltung ausgehenden ethischen Forderung. Man sondert im Leben die Principien des Rechts und der Vergeltung nicht, und erklärt das für ein Recht, wozu eigentlich nur die Idee der Vergeltung autorisirt. Nur der Richter, der Repräsentant der Gemeinschaft, deren Glied der zu Zwingende selbst ist, hat das Recht zum Zwang, zu dessen Constituirung bei jedem Mitgliede der Gesellschaft ja eben die Anerkennung der Rechtlichkeit des Zwanges vorausgesetzt werden muß, so daß diesem kein Unrecht geschehen kann, indem geschieht, wozu es selbst im Vorhinein einwilligte. Der Einzelne hat folglich zwar kein Recht zur Nothwehr, aber die Nothwehr muß straflos bleiben (und weiter ist meistens auch im positiven Rechte, wenn man es genau betrachtet, nichts gemeint mit der Anerkennung des Rechts zur Nothwehr). Die Nothwehr findet somit ihre Stellung im Strafrechtssystem unter den allgemeinen Gründen der Ausschließung der Strafbarkeit einer an sich rechtsverletzenden Handlung. Denn denjenigen strafen, welcher in Nothwehr handelt, hieße eine Vergeltung über das gleiche Maß, daher eine unvergoltene Uebelthat zufügen, und dagegen erklärt sich die Idee der Vergeltung selbst. Der Angreifende setzt durch seinen Angriff eine Uebelthat, der Angegriffene wehrt sich dagegen durch Zufügung einer Uebelthat. Wenn die gehörigen Schranken eingehalten werden, so gleichen sich die Uebelthaten gegenseitig aus, und wollte nun die Gesellschaft (speciell der Staat) noch mit ihrer Strafe hinzutreten, so würde diese nicht ein Gleichmaß herstellen, was doch ihr Princip ist, sondern das hergestellte stören."

Was den ersten Theil dieser Argumentation betrifft, so fällt er mit dem vom Verfasser zu Grunde gelegten Rechtsbegriff. Sehen wir nun aber, ob es möglich ist, die Strafloſigkeit der Nothwehr so zu erklären, wie er es thut!

Geben wir zu, daß das Strafrecht auf der Idee der Vergeltung beruhe; begnügen wir uns mit diesem kein eigentliches Maß statuirenden Ausdruck; geben wir zu, daß aus dieser absoluten Idee der Vergeltung doch wieder nur ein Strafrecht des Staates folge: so folgt

daraus doch wohl auch wieder umgekehrt, daß Strafe nur das ist, was von der Staatsgewalt ausgeht, und daß nur durch eine solche Strafe der Idee der Vergeltung Genüge geschieht. Wie soll nun plötzlich die Thätigkeit, und — wie der Verfasser es ansieht — die unerlaubte, rechtswidrige Thätigkeit eines Privaten, dafür ein Aequivalent bieten? — Aber auch abgesehen davon, würden wir verstehen, wenn der Verfasser die Strafflosigkeit des durch die Nothwehr verletzten Angreifers forderte; wir verstehen nicht, wie er den Nothwehr Uebenden straflos lassen kann. A hat an B einen Mordversuch gemacht; diese Uebelthat kann nicht unvergolten bleiben; der Staat muß den A strafen. Nun hat aber zufällig B sich gewehrt, was freilich sehr unrecht war, denn er hat dabei die Hand des A, welche mit dem Dolch gegen ihn ausgestreckt war, abgeschlagen und diesen also unrechtmäßig verletzt. Allein das Uebel ist einmal geschehen; A hat es erlitten, die Ausgleichung hat, wenn zwischen Mordversuch und Verlust der Hand das richtige Verhältniß besteht, bezüglich *seiner* stattgefunden; er kann nicht mehr vom Staate wegen Mordversuchs gestraft werden. Wir möchten uns diese Argumentation nicht aneignen, aber vom Standpunkt des Verfassers aus, glauben wir, lasse sie sich nicht abweisen. Von demselben Standpunkt aus müssen wir aber so weiter folgern: Was B betrifft, so hat er einem Menschen die Hand abgeschlagen — eine Uebelthat, die nicht unvergolten bleiben kann; daß dieser Act in Nothwehr geschehen ist, rechtfertigt ihn nicht, denn nur der Richter hat eine Zwangsgewalt; daß er zufällig (denn den B ging das nichts an, er konnte es auch nicht beurtheilen) ein Mittel der höheren Vergeltung wurde, ändert nichts an dem Verhältniß B's, der nur ein Uebel zugefügt, dagegen keines erlitten, vielmehr ein solches erfolgreich von sich abgewendet hat. Wir sehen nicht, wie es das Gleichgewicht stören sollte, wenn B nun mit der auf Verstümmlung gesetzten Strafe belegt würde. Denn das zufällige Zusammentreffen des malum actionis und des malum passionis, *in zwei verschiedenen Personen* kann der Idee der Vergeltung wohl nicht genügen, sonst würde sie auch durch die Bestrafung des Einen für das Verbrechen des Andern befriedigt werden; sie muß also verlangen, daß eben derjenige Uebles leidet, der Uebles thut. Wenn also B Uebles gethan hat, so kann er nicht dadurch straflos werden, da A Uebles verdient und etwa auch erlitten hat. — Wenn dagegen, was an sich Uebelthat ist, dadurch straflos werden soll, daß es zufällig ein Mittel wird, die von der Idee

der Vergeltung geforderte Ausgleichung herzustellen, so vermögen wir wieder nicht zu sehen, warum nur die Nothwehr und nicht auch die, die Grenzen der Vergeltung nicht überschreitende Privatrache straflos bleiben soll?

Von einem falschen Rechtsbegriff und einer ungenügenden Deduction des Strafrechts ausgehend, kommt also der Verfasser zu einer Vorstellung von der Nothwehr, die mit der hergebrachten, allgemein herrschenden eben so sehr wie mit wohl zu rechtfertigenden Forderungen des Rechtsgefühls in Widerspruch steht, und selbst diese vielfach verkümmerte Nothwehr scheint uns, seine Prämissen einmal zugegeben, unhaltbar.

Wenn er es nun unternimmt, nachzuweisen, daß seine Ansicht: die Nothwehr sei eben nur straflos, aber nicht rechtmäßig, — auch positiv immer anerkannt, oder doch wenigstens so weit wirksam gewesen, daß das Recht der Nothwehr durch den Maßstab der Vergeltung eingeschränkt wurde; so wollen wir mit ihm nicht darüber rechten, daß er so eingestandenermaßen mit einer vorgefaßten Meinung, mit der Aufstellung eines Thema probandum an die Darstellung des geschichtlichen Stoffes geht. Er hatte die von einer entgegengesetzten Anschauung getragene Darstellung Levita's vor sich, er durfte voraussetzen, daß die Leser sie mit der seinigen vergleichen würden, und an Interesse gewinnt die Arbeit entschieden durch die von vielem Scharfsinn unterstützten Bemühungen des Verfassers, der schweren Aufgabe, die er sich gestellt, zu genügen.

Wir können hier nicht zwischen die Streitenden treten und müssen uns auf wenige sporadische Bemerkungen beschränken. So dürfen wir, was das römische Recht betrifft, auf die Zustimmung jedes Unbefangenen rechnen, wenn wir sagen, daß Aeußerungen, wie: jure hoc evenit... jure fecisse existimatur (L. 3. D. 1. 1.); naturalis ratio permittit (L. 4. D. ad L. Aqu. 9. 2.); omnes leges omniaque jura permittunt (L. 45. §. 4. eod.); in nullo peccasse videtur (c. 3 Cod. ad L. Coan. de sicariis 9. 16.); jure caesum videri (c. 4. eod.) sich nicht der Deduction der Verfasser accommodiren lassen. (Sehr treffend sind dagegen die Bemerkungen, welche S. 59 über die Frage gemacht werden, ob nach römischem Recht blos zum Schutz der Person Nothwehr zulässig sei.)

Das ältere deutsche Recht bietet dem Verfasser viel mehr Anhaltspunkte, als das römische. Dies wird gewiß jeder auffallend finden, der sich in die fraglichen Rechtszustände nur einigermaßen hineindenkt, oder etwa aus den zahllosen Belegstellen, welche der Verfasser selbst, namentlich auch aus österreichischen Quellen, gesammelt hat, die Ueberzeugung gewinnen mußte, daß in vielen Fällen an den verschiedensten Orten dem durch ein Verbrechen Verletzten, ja selbst demjenigen, der nur Grund hatte, eine beabsichtigte Verletzung zu vermuthen, ein oft excessives Recht zu eigenmächtiger Bestrafung zugestanden war. Bedenkt man, daß es sich um Zustände handelt, in welchen das Fehderecht Jahrhunderte lang legal anerkannt war, und wieder Jahrhunderte lang nur mühsam zurückgedrängt wurde, und daß es selbst dann nie jemand einfiel, den Befehdeten wegen der ausgebrochenen Fehde zur Verantwortung zu ziehen; bedenkt man, daß anerkanntermaßen Jahrhunderte lang ein Angegriffener fast nie auf den Schutz einer Obrigkeit zu rechnen hatte, und daß die alten Deutschen ein wehrhaftes, schlagfertiges Volk waren, das zahme Unterwerfung unter gebotene Unbill als Entehrung ansehen mußte; so sieht man gewiß nicht anders als befremdet die vielen, vom Verfasser vorgeführten Urkunden und Argumente dafür, daß der in Nothwehr Handelnde als strafbar, oder doch als ein Solcher angesehen wird, welchem die Strafe eben nur nachgelassen wird.

Ohne die Stellen im Einzelnen zu prüfen, läßt sich indeß die sonderbare Erscheinung doch recht wohl erklären. Vor Allem, wie schon Levita bemerkt, hatte man nicht nöthig, ausdrücklich auszusprechen, was sich so von selbst verstand, wie das Recht der Selbstvertheidigung; kein Wunder also, daß meist nur Einschränkungen dieses übrigens unangetastet bleibenden Rechtes ausdrücklich hervorgehoben werden. — In dem Maß ferner, als die Unhaltbarkeit des altdeutschen Beweisrechtes mehr und mehr hervortrat, mußte das Mißtrauen gegen die Behauptung, es habe Nothwehr stattgefunden, mehr und mehr sich geltend machen, und wie das vielfach im älteren deutschen Recht geschieht, weil es keinen Indicienbeweis kennt, bekommt die Beweisregel die Gestalt einer Beschränkung des materiellen Rechtes. Vorzüglich mußte dies in Bezug auf angeblich in Nothwehr verübte Tödtung gelten, da hier der Behauptung des Thäters nichts unmittelbar sich entgegenstellen konnte. Dazu kam aber noch, daß gerade in Bezug auf die Tödtung die An-

ſchauung des canoniſchen Rechtes, nach welcher ſelbſt die caſuelle Zerſtörung eines Menſchenlebens eine leichte Makel auf demjenigen zurückließ, welchem der unglückliche Zufall widerfuhr, ſich vielfach Bahn gebrochen hatte, und in manchen urſprünglich deutſchen Satzungen ihr Gegenſtück fand. Die Unterwerfung unter eine durch ſolche Anſchauung gebotene leichte Ahndung enthält daher nur die feierliche Anerkennung jenes Princips, und den Ausdruck des Entſchluſſes, allen rechtlichen Anforderungen Genüge zu leiſten; und indem Richter und Verwandte eine ſolche unverhältnißmäßig kleine Buße entgegennehmen müſſen, wird die Rechtmäßigkeit des einzelnen Nothwehractes eher feierlich ausgeſprochen, als geläugnet. (Aehnlich verhält es ſich ja auch vielfach bei erlaubter Privatſtrafe!)

Zu dem Allen kommt, daß an vielen dieſer Stellen gar nicht der eigentliche Begriff der Nothwehr vorauszuſetzen iſt, wie denn dieſer überhaupt ſich nur langſam entwickelte. Der am häufigſten vorkommende Ausdruck: se defendendo umfaßt nämlich nicht blos eigentliche Nothwehr, ſondern überdies alle Fälle, wo es zu einem wirklichen Kampf zwiſchen Zweien gekommen iſt, und der eine der Kämpfer den Anderen tödtet. Auch derjenige, der einen ſolchen Kampf unvermeidlich gemacht hat, kann mit einem gewiſſen Recht ſagen, daß er den Anderen se defendendo getödtet habe, beſonders wenn der Kampf nicht in einer auf Tödtung gerichteteten Abſicht begonnen wurde. Es iſt alſo leicht zu erklären, daß nicht überall völlige Strafloſigkeit mit der Erhärtung jener Behauptung Hand in Hand geht.

X.

Die Aufhebung der Zinstaxe

und die

Abänderung des Wuchergesetzes in Oesterreich.

Die Aufhebung der Zinstaxe und die Abänderung des Wuchergesetzes in Oesterreich.

(Allgem. österr. G. Z. 1867, Nr. 1, 2, 3 u. 4.)

Gern möchten wir es als ein günstiges Omen ansehen können, daß uns gerade am Eingang des neuen Jahres eine seit langer Zeit uns fremd gewordene Aufgabe gestellt ist: die Besprechung eines neuen wichtigen Justizgesetzes, das die Bestimmung hat, eine Reform durchzuführen, welche seit Jahren nicht bloß von der „berechtigten öffentlichen Meinung" begehrt, sondern auch von der Regierung selbst durch langjährige Vorarbeit und durch eine vor vielen Jahren ausgesprochene bestimmte Ankündigung als unerläßlich anerkannt worden war.

Wie groß muß der latente Widerstand gewesen sein, auf welchen die beabsichtigte Beseitigung des Wucherpatentes vom Jahre 1803 und der das Zinsenmaß beschränkenden Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches[1]) stieß, wenn derselbe so lange Jahre einen Zustand erhalten konnte, wie derjenige, welcher mit dem 31. December 1866 zu Ende ging. Wir können hier den großen theoretischen Streit über den wirthschaftlichen Werth und die juristische Rechtfertigung der Wuchergesetze überhaupt ganz bei Seite lassen. Die letzteren haben zu Zeiten

[1]) Es ist aufgefallen, daß das hier besprochene Gesetz vom 14. December 1866, Nr. 160 R. G. Bl., auch für Dalmatien promulgirt wurde, obgleich daselbst keine Wuchergesetze bestehen. Allein man darf nicht übersehen, daß die Zinstaxe, im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellt, auch in Dalmatien Giltigkeit hatte. So weit also das Gesetz überhaupt einen unzweifelhaften Fortschritt begründet, nämlich in den §§. 1 und 2, war es auch für Dalmatien nothwendig. Ob es nothwendig und gut war, die folgenden Paragraphe dort einzuführen, hängt dann natürlich vor Allem eben von dem Urtheil ab, das man sich überhaupt über dieselben bildet. Fällt dieses negativ aus, so muß man freilich die Lage Dalmatiens sonderbar finden, das bisher eine Zinstaxe ohne Wucherstrafen hatte und nun ein Wucherstrafgesetz ohne Zinstaxe erhält. Ob wohl in Dalmatien sich bisher der Mangel eines Strafgesetzes gegen Wucher fühlbar gemacht haben mag? Jedenfalls tritt das neue Gesetz in Dalmatien unter ganz verschiedenen Voraussetzungen ins Leben als anderswo; was bei der Beurtheilung der uns bevorstehenden Erfahrungen von Wichtigkeit sein wird.

warme Vertheidiger gefunden, welche von sehr beachtenswerthen Gesichtspunkten ausgingen. Es ist uns aber nicht bekannt geworden, daß jemals eine Stimme öffentlich die Haltbarkeit jenes Standes der Dinge verfochten hätte, welchen wir in Oesterreich zum mindesten seit dem Jahre 1848 vor Augen hatten. Die Staatsschuld verzinste sich seit jener Zeit thatsächlich bedeutend höher, als bei Privatanlehen gestattet war; der Staat nahm sogar directe Anlehen unter Bedingungen auf, welche flagrante Ueberschreitungen der gesetzlichen Zinstaxe enthielten. Ist es auch richtig, daß das immer steigende Ausgebot der Staatspapiere und alles Andere, was deren Cours so gewaltigen Schwankungen aussetzt, Viele bestimmen wird, Privatanlehen als die solidere Capitalsanlage anzusehen, so kommt doch auf der anderen Seite auch die leichte Umsetzung der Staatspapiere in Geld, im Gegensatz zum langsamen Gange der Civilexecution und noch mehr die verhängnißvolle Wechselwirkung in Betracht, welche mit nur allzu kurzen Unterbrechungen zwischen dem Werth der Staatspapiere und dem des gesetzlichen Zahlungsmittels bestand, wodurch in einer der wichtigsten Beziehungen gerade der Cours des Staatspapiers der Regulator des Privatcredits in Oesterreich werden mußte. An seinem Monopol des Bewuchertwerdens ließ der Staat hie und da reichbegüterte Privatmänner und größere Privatunternehmungen Theil nehmen. Dann entband er andere Unternehmungen in der entgegengesetzten Richtung von der Zinstaxe. Die Gebahrung, welche sofort hier eintrat, mußte den letzten Zweifel darüber verschwinden machen, daß das Gesetz des Staates etwas vorschrieb, was die unwiderstehlichen Gesetze der Oekonomie zu halten nicht gestatteten. Inzwischen hatten die allgemeine Wechselfähigkeit, die Zulassung der Intabulation von Blancocrediten, die sogenannten Kostgeschäfte im Börsenverkehr, das neue Handelsgesetzbuch auf allen Seiten die Dämme der Wuchergesetze rissig gemacht. Zugleich war dadurch und durch die Ueberladung des Actienmarktes dem Capital der Abfluß zu Unternehmungen gestattet worden, welche eine die Zinstaxe weit überschreitende Verzinsung versprachen, ohne daß in der Regel ein Conflict mit dem Gesetz zu fürchten war. Eben dadurch aber ward für diejenigen, zu deren Schutz die gesetzliche Zinstaxe angeblich noch fortbestand, das Angebot von Capitalien vermindert, und der Preis (der Capitalzins) unwiderstehlich emporgetrieben. Die Gewährung eines Darlehens, bei welchem das gesetzliche Zinsmaximum nicht überschritten wurde, war thatsächlich nicht mehr der

Abschluß eines Geschäftes, sondern ein Act der Wohlthätigkeit, — eine mäßige Ueberschreitung desselben konnte, bei aller Ungesetzlichkeit, ein Act der Freundschaft und Gefälligkeit sein. Und dennoch konnten die Gerichte durch die niedrige Gesinnung des nächsten Denuncianten[2]), zumeist des Schuldners selbst, der der Versuchung nicht widerstehen konnte, einen Aufschub der Execution zu erlangen, in die Lage gebracht werden, denjenigen strafen zu müssen, der bei dem angeblichen Wuchergeschäft in wirthschaftlicher Hinsicht als der Beschädigte und in sittlicher Beziehung als der minder Verdammenswerthe der beiden Contrahenten erschien. Indeß ist jener mit den Wuchergesetzen getriebene Mißbrauch, der sich in den Verhandlungen der Strafgerichte abspiegelt, das Geringste; denn die Wuchergesetze schreckten diejenige Menschenclasse niemals, gegen welche sie eigentlich gerichtet waren; auf die Umgehung derselben, auf die Bemäntelung der Gesetzesübertretung eingeübt, zogen diese Menschen den Fall, daß sie einmal ertappt werden, ruhig in den Kreis ihrer Berechnung, und steigerten entsprechend die Versicherungsprämie, welche sie sich zahlen ließen. — Ganz anders die zahlreiche Classe derjenigen, die, ohne Wucherer von Gewerbe zu sein, sich unter dem Eindruck der oben dargelegten Momente zu einer noch so leichten Ueberschreitung der Zinstaxe verleiten ließen. Sie waren von diesem Augenblick an der Großmuth des Schuldners anheim gegeben, und kein Mensch kann es übersehen, wie oft die Drohung mit der Wucheranzeige das Mittel der schamlosesten und undankbarsten Erpressung geworden ist.

Wie weit ist diesem Zustande jetzt ein Ende gemacht?

Das neue Gesetz hebt die Zinstaxe auf; d. h. der Versuch, den Zinsfuß von Staatswegen zu regeln, der freien Vereinbarung von Contrahenten zu dem Zwecke Schranken zu setzen, damit ihre Abmachungen nicht nachtheilig auf den *Stand des Geldmarktes überhaupt* zurückwirken können, mit *einem* Wort die Beschränkung der Privatwillkür *im öffentlichen Interesse*, ist aufgegeben. Damit entfällt von selbst das bisherige Wuchergesetz, welches nur ein Strafgesetz gegen die Ueberschreitung der Zinstaxe war. Trotzdem hat man geglaubt, den Versuch nicht aufgeben zu dürfen, durch Strafdrohungen den Schuldner

---

[2]) Manchmal ward den Gerichten durch die vollständige bona fides beider Contrahenten, welche das Geschäft in einer zur Verbücherung bestimmten Urkunde vollständig darstellten, und so die Grundbuchsbehörde zur Anzeige nöthigten, eine ungern vorgenommene Strafamtshandlung auferlegt.

gegen übermäßige und unverantwortliche Ausbeutung zu schützen. Die Zinstaxe ist abgeschafft; allein an die Stelle des bisherigen Strafgesetzes gegen die Ueberschreitung der Zinstaxe ist ein neues Strafgesetz getreten, das aber nicht das öffentliche Interesse an Erhaltung eines mäßigen Zinsfußes, sondern das Privatinteresse des Schuldners wahrnehmen soll, ein Strafgesetz, welches sich unseres Erachtens in bester Absicht das Unmögliche zur Aufgabe setzte, und schon darum sich in unlösbare technische Schwierigkeiten verwickeln mußte, — ein Strafgesetz, welches gegen die Fundamentalregel verstößt, daß jede Strafnorm deutlich genug sein müsse, um den Unterthanen bei ihrem Thun und Lassen zur Richtschnur zu dienen, und daß es eine bestimmte Strafe androhen müsse, — ein Strafgesetz endlich, von dem wir besorgen, daß es in manchen Beziehungen die Lage des Schuldners verschlimmern werde, von dem wir überzeugt sind, daß es Advocaten, Notaren, Staatsanwälten, Richtern, kurz Allen, die es Rath ertheilend, anklagend und Recht sprechend, anzuwenden haben werden, die schmerzlichsten Verlegenheiten bereiten werde.

Betrachten wir das Gesetz in seinen Einzelnheiten, so haben wir uns zunächst mit der Abschaffung der Zinstaxe zu beschäftigen.

Der Wortlaut der §§. 1 und 2 läßt keinen Zweifel darüber, daß die §§. 994—996 und 998 a. b. G. B. aufgehoben seien, wobei dann §. 995 a. b. G. B. durch §. 2 des Gesetzes vom 14. December 1866, ersetzt ist. — §. 994 stellt die Zinstaxe auf, §. 995 bestimmt den für stillschweigend verabredet zu erachtenden Zinsfuß und den der aus dem Gesetze gebührenden Verzinsung. §. 996 erklärt Verabredungen, durch welche dem Schuldner außer der Zahlung des Capitals und der Zinsen Nebenschuldigkeiten auferlegt werden, durch welche das Maß der erlaubten Vertragszinsen überschritten werden, für ungiltig. — §. 998 enthält das ausdrücklich aufgehobene Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen.

Vollkommen klar ist jedoch der Umfang der an den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes durch die §§. 1 und 2 des Gesetzes vom 14. December 1866 herbeigeführten Aenderungen nicht. Es besteht nämlich eine beträchtliche Anzahl von Bestimmungen, die mit der gesetzlichen Zinstaxe in mehr oder weniger deutlichem Zusammenhange stehen, und bei allen wird es nun Frage der Auslegung, ob sie als auf-

gehoben zu betrachten seien. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen folgende Grundsätze maßgebend sein.

Aufgehoben sind alle jene Bestimmungen, welche „Beschränkungen des Maßes der bei Gelddarleihen bedungenen Zinsen und sonstigen Leistungen" vorzeichnen, oder welche solche Beschränkungen zur Voraussetzung haben und zwar so, daß sie ohne dieselben unverständlich und unausführbar sind. Jene Bestimmungen dagegen, welche mit der gesetzlichen Zinstaxe nur dadurch zusammenhängen, daß man den Wunsch, eine mögliche Umgehung der Zinstaxe zu verhüten, als ihnen zu Grunde liegendes legislatives Motiv anzusehen hat, bleiben aufrecht, da sie auch ohne Zinstaxe verstanden und ausgeführt werden können, da eine ausdrückliche Aufhebung nicht stattgefunden hat, und bekanntlich selbst der ausgesprochene Grund des Gesetzes von dem das Recht bestimmenden Theil des Gesetzes getrennt bleibt und nicht als ein Bestandtheil desselben angesehen werden darf[3]).

Wir wollen nun versuchen, diese Grundsätze auf die wichtigsten hier in Frage kommenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden:

1. §. 993 a. b. G. B. erklärt, daß der Darleihensvertrag, bei welchem sich der Darleiher „in Rücksicht auf die Gattung, Güte oder Menge ausdrücklich oder stillschweigend mehr bedingt, als er gegeben hat," nur in sofern bestehen könne, „als dabei die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden." Diese Bestimmung bezieht sich zwar nicht bloß auf die Verzinsung, sondern hat auch dasjenige vor Augen, was man mit gänzlicher Verkennung der Natur der Sache Wucher im Capital nannte. Allein abgesehen davon, daß bei genauerer Betrachtung jeder sogenannte Wucher im Capital sich als Wucher in den Zinsen erweist, ist die Bestimmung deßhalb unanwendbar geworden, weil von einer Ueberschreitung der erlaubten Vertragszinsen künftig nicht mehr die Rede sein kann. Der Paragraph muß also als aufgehoben angesehen werden.

2. Das Gleiche gilt aus gleichem Grunde von jenem Satze des die Conventionalstrafe behandelnden §. 1336 a. b. G. B., welcher lautet: „Doch darf bei Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennet, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen."

[3]) Savigny, System I, 218.

3. Viel zweifelhafter ist schon der Einfluß des neuen Gesetzes auf die Bestimmung des §. 997 a. b. G. B., daß Zinsen höchstens auf ein halbes Jahr vorhinein abgezogen werden können, und daß die „über dieses Maß vorhinein abgezogenen Zinsen" vom Tage des Abzuges an vom Capitale abzurechnen seien. Es ist klar, daß das Gesetz in einem solchen Vorgange eine Verkürzung des zu verzinsenden Capitals und also indirect eine Erhöhung der Zinsen sah. Der Vorgang ist im §. 9 des Wucherpatentes als Wucher in den Zinsen erklärt, ohne daß weiter untersucht wird, ob nicht im einzelnen Falle bei niedriger Verzinsung und bei einer bestimmt festgesetzten Rückzahlungsfrist trotz des Abzuges von Zinsen für einen längeren Zeitraum die Zinstaxe dennoch eingehalten sei. (Werden z. B. für 100 fl. jährlich 4 fl. bedungen und für ein ganzes Jahr voraus abgezogen, so hat der Schuldner zwar 2 fl. zu viel verzinst; allein trotzdem bleibt der von ihm bezahlte Zins beträchtlich unter dem Maximum von 5 fl. resp. 6 fl. jährlicher Zinsen[*]). Man kann sich die Beschränkung in der That nur daraus erklären, daß dem Gesetz ein so exceptioneller Fall, wie er hier vorausgesetzt wird, besonderer Berücksichtigung nicht würdig schien, und daß die Bestimmung ihrem Wesen nach doch nur gegen eine verdeckte Erhöhung des Zinsfußes gerichtet war. Der Zeitraum, für welchen verzinst wird, und Zinsfuß sind nur Factoren desselben Productes. Man kann das letztere, das Maß des erlaubten Zinses, ebensowohl durch die Einwirkung auf jenen wie auf diesen reguliren. Zeit ist hier buchstäblich Geld. Daher erscheint mir die ganze Bestimmung als eine Beschränkung in Betreff des Maßes der bei Gelddarleihen bedungenen Zinsen, und ich sehe dieselbe als aufgehoben an.

4. Die Bestimmung des §. 1335 a. b. G. B., nach welcher das Recht, von dem Capitale weitere Zinsen zu fordern, erlischt, wenn der Gläubiger ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen ließ — hat nicht in dem Bestreben, die Einhaltung der Zinstaxe zu sichern und den Zinsfuß niedrig zu erhalten, sondern in der billigen Beurtheilung der Lage des Schuldners und seiner Erben, welche plötzlich zur Bezahlung einer vergessenen und in der

[*]) Eben darum macht Unger in seinen Fragmenten über Obligationenrecht (Haimerl's Vierteljahrsschrift XI. Heft 2) II. Anm. 16, die Bemerkung, es sei dem Gläubiger, da ihm auch beim höchsten Zinsfuß die Zinsenanticipation auf ein halbes Jahr gestattet ist, in diesem Fall inconsequenterweise ein höherer als der sonst erlaubte Zinsenbezug gestattet.

Zwischenzeit maßlos angewachsenen Schuld verhalten werden könnten, ihren Grund[5]). Sie ist übrigens angesichts der im §. 1480 a. b. G. B. normirten dreijährigen Verjährungsfrist für Zinsen dermaßen bedeutungslos, daß man schon am 21. Nov. 1812 (J. G. S. Nr. 1016) mühsam beweisen mußte, daß sie nicht völlig überflüssig sei. Jedenfalls ist sie ganz unabhängig vom Zinsfuß, ausgenommen insofern sie natürlich um so später in Anwendung kommen kann, je niedriger der Zinsfuß ist. Sie kann nicht wohl unter den Gesichtspunkt einer gesetzlichen Beschränkung in Betreff des Maßes der bedungenen Zinsen gebracht werden, wenn sie gleich unter Umständen eine Herabminderung des dem Gläubiger an rückständigen Zinsen gebührenden Betrages herbeiführen kann. Man muß sie daher als fortbestehend ansehen.

5. Die §§. 1371 und 1372 a. b. G. B. führen eine Reihe von unzulässigen Nebenverabredungen bei Pfand- und Darleihensverträgen auf. Die überwiegende Mehrzahl dieser Verbote hat den Schutz des Schuldners gegen den Gläubiger zum Zweck. Allein eine Beziehung zur Zinstaxe ist bei den im §. 1371 enthaltenen Verboten nicht zu entdecken, und das Gesetz selbst gibt als Grund der Ungiltigkeit der Verabredungen an, daß sie der Natur des Pfand- und Darleihensvertrages entgegenstehen. Daß diese Bemerkung sich auch auf das im §. 1372 enthaltene Verbot des pactum antichreseos beziehe, läßt sich nicht behaupten; jedenfalls hat dieses Verbot seinen Hauptgrund darin, daß durch die dem Gläubiger zugestandene Benützung der Pfandsache die Ueberwachung der Einhaltung der Zinstaxe erschwert ist. Allein schon die Unklarheit des Verhältnisses, die Möglichkeit, daß der Schuldner über den Werth seiner Leistung sich täusche, daß der Gläubiger die Pfandsache willkürlich übermäßig ausnützen könne u. dgl. mag die Beibehaltung des alten Verbotes wünschenswerth gemacht haben. Jedenfalls ist es auffallend, daß die Verabredung auch da nichtig ist, wo thatsächlich eine Ueberschreitung der Zinstaxe nicht stattfand und wo sie daher auch nicht einen Fall des Wuchers in den Zinsen (§. 9 lit. c. des Wucherpat.) begründet. Die Bestimmungen der §§. 1371 und 1372 a. b. G. B. müssen also ebenfalls als nicht aufgehoben angesehen werden.

---

[5]) Zeiller Commentar III. S. 773. Vgl. übrigens die Bemerkungen Unger's über §. 1335 a. b. G. B. (System I, S. 606, Anm. 41). S. auch dessen Fragmente über Obligationenrecht, II. Anm. 14.

Daß das Gesetz aber Erörterungen, wie den vorstehenden, Raum ließ, daß es nicht kurzweg selbst die Stellen des a. b. G. B., die aufgehoben sein sollen, bezeichnete, worin mag das seinen Grund haben? — Schwerlich in etwas Anderem, als darin, daß die bisher der Kürze halber als aufgehoben bezeichneten Gesetzesstellen, es eigentlich doch nicht sind, vielmehr, freilich durch einen sehr dünnen Faden, noch am Leben gehalten werden. Während nämlich ein Darleihen sowohl in Geld als in anderen verbrauchbaren Sachen gegeben werden kann, spricht §. 1 des Gesetzes vom 14. December 1866, aus Gründen, die man sich schwer vorzustellen vermag, nur von Geldbarleihen. Für andere Darleihen, die freilich nur äußerst selten vorkommen, bleiben also auch die für Geldbarleihen aufgehobenen gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufrecht, während das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, unbedingt außer Wirksamkeit gesetzt ist.

Fassen wir nunmehr den strafrechtlichen Theil des Gesetzes ins Auge, so müssen wir anerkennen, daß wir es hier mit einer legislativen Erscheinung zu thun haben, die völlig vereinzelnt dasteht, der es an jedem brauchbaren Vorbilde fehlte. Die bisherigen Strafgesetze gegen den Wucher hatten überall eine Zinstaxe vor Augen, deren Ueberschreitung conditio sine qua non jeder Bestrafung war. Seit langer Zeit trug man indeß Bedenken, die einfache Ueberschreitung der Taxe als zur Bestrafung ausreichend gelten zu lassen, wie dies das österr. Patent von 1803 thut. — So erklärt das bekannte französische Gesetz vom 3. Sept. 1807 nur die gewohnheitsmäßige Ueberschreitung der Zinstaxe für strafbar. Andere Gesetze berücksichtigen außerdem noch den sogenannten verkleideten Wucher (Hannover Art. 313, Preußen §. 263). Wieder andere berücksichtigen das Moment des Gewohnheitsmäßigen nicht, nur den verkleideten oder betrügerischen Wucher. Das Strafgesetz für die thüringischen Staaten sieht einzig darauf, ob der Gläubiger bei Ueberschreitung der Zinstaxen den „ihm bekannten Nothstand oder den ihm bekannten Leichtsinn eines Andern benützt hat" (Art. 286 thür. St. G.). Nur ein deutsches Gesetz hatte eine der unseres neuesten Wuchergesetzes analoge Aufgabe zu lösen. In Baden ist seit 1809 die Ausbedingung auch höherer als 6 pCt. Zinsen gestattet, doch ist eine solche Verabredung dem Urkundenzwange unterworfen, das Zinsenübermaß ist vom Pfandrechte ausgeschlossen, manchen anderen civilrechtlichen Nachtheilen ausgesetzt, und der Schuldner ist hinsichtlich

der Aufkündigung günstiger gestellt, als der Gläubiger[6]). Begreiflicherweise liegt hier die Versuchung nahe, durch Verkleidung der Zinsenstipulation die eben angeführten gesetzlichen Bestimmungen illusorisch zu machen. Dies ist nun der Ausgangspunkt des §. 533 des badischen Strafgesetzbuches, welcher lautet: „Wer bei Darleihen und anderen belasteten Verträgen sich übermäßige Vortheile bedingt, wird in folgenden Fällen wegen Wuchers bestraft: 1. Wenn er die ihm bekannte Noth oder den ihm bekannten Leichtsinn des Anderen zu dessen Uebervortheilung — benützt und sich die bedungenen wucherischen Vortheile in der Vertragsurkunde verschleiert zusichern ließ; 2. wenn er, um den Anderen zu täuschen, den Vertrag so einkleidete, daß derselbe daraus das wahre Verhältniß seiner Leistung zur Gegenleistung nicht erkannte, und nach dem Grade seiner Einsichten nicht leicht erkennen konnte; 3. wenn er einem Minderjährigen, Entmündigten, Mundtodten oder Verbeiständeten bei Verträgen der im Eingang bezeichneten Art, die er mit ihm ohne Mitwirkung des Vormundes, Pflegers oder Beistandes eingegangen hat, einen wirklichen Vermögensnachtheil zufügte[7])."

---

[6]) Goldschmidt in den Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages I. S. 256.

[7]) Aehnlichkeit mit dem im badischen Gesetz Unternommenen hat auch ein Versuch, der vor Jahren in einem preußischen Strafgesetzentwurf gemacht wurde. Schon das a. Landrecht hatte nämlich nur den verkleideten Wucher für strafbar erklärt. Goltdammer (Materialien II. 603, 604) berichtet darüber: „Von einer eigenthümlichen Auffassung für diese Strafandrohung nun ging der Entwurf von 1829 aus. Die Annahme höherer als der gesetzlichen Zinsen sei an und für sich nicht strafbar. Die Gesetzgebung habe sich durch die Herrschaft des geschichtlichen Princips über die Zinsbeschränkungen von dem ableiten lassen, was eigentlich Rechtsverletzendes aus den Verboten entstanden sei. Es lasse sich aber kein Grund einsehen, aus dem der Eingriff in die Rechtssphäre des Anderen gefolgert werden könne, wenn aus freiem Willen für den Gebrauch von Geld mehr als die gewöhnlichen Zinsen gegeben werde. Das Gesetz könne dies verbieten; aber dieses Verbot erweitere nicht den Titel des Geldsuchenden auf die Gestattung des Gebrauches. Halte der Geldbesitzer den Gebrauch höher, so bleibe es immer freier Wille des Anderen, sein Eigenthum dazu zu verwenden, oder nicht. Das Annehmen sei gesetzwidrig aber nicht rechtsverletzend. Nur dann gestalte sich die Sache anders, 1. wenn der Geldsuchende dasselbe unbedingt nöthig bedürfe, und der Gläubiger dies benutze, ihm nach Belieben dafür Vergütigung abzunehmen — gleichsam eine Erpressung; 2. wenn der Gläubiger mit Klage drohe, und durch diese Drohung Vortheil erpresse — eine wirkliche Erpressung; 3. wenn der Gläubiger durch das Versprechen der Zahlung einer Summe sich die auf so hochlautende Urkunde zu verschaffen wisse, dann aber die volle Valuta gezahlt zu haben behaupte, obwohl es nicht geschehen sei — also Betrug. Nur in diesen Fällen nahm also der Entwurf von 1829 strafbaren Wucher an. Die späteren Entwürfe haben aber diese Art der Auffassung als unpraktisch nicht verfolgt. Bei ihnen handelte es sich somit nach der Entscheidung der Hauptfrage über die Strafbarkeit an sich nur darum, ob schon die offene Ueberschreitung der gesetzlichen Zinsbeschränkung, oder nur die verkleidete zu strafen sei?"

Die Aufhebung der Zinstaxe und die Abänderung des Wuchergesetzes in Oesterreich.

(Allgem. österr. G. Z. 1867, Nr. 1, 2, 3 u. 4.)

Gern möchten wir es als ein günstiges Omen ansehen können, daß uns gerade am Eingang des neuen Jahres eine seit langer Zeit uns fremd gewordene Aufgabe gestellt ist: die Besprechung eines neuen wichtigen Justizgesetzes, das die Bestimmung hat, eine Reform durchzuführen, welche seit Jahren nicht bloß von der „berechtigten öffentlichen Meinung" begehrt, sondern auch von der Regierung selbst durch langjährige Vorarbeit und durch eine vor vielen Jahren ausgesprochene bestimmte Ankündigung als unerläßlich anerkannt worden war.

Wie groß muß der latente Widerstand gewesen sein, auf welchen die beabsichtigte Beseitigung des Wucherpatentes vom Jahre 1803 und der das Zinsenmaß beschränkenden Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches[1]) stieß, wenn derselbe so lange Jahre einen Zustand erhalten konnte, wie derjenige, welcher mit dem 31. December 1866 zu Ende ging. Wir können hier den großen theoretischen Streit über den wirthschaftlichen Werth und die juristische Rechtfertigung der Wuchergesetze überhaupt ganz bei Seite lassen. Die letzteren haben zu Zeiten

[1]) Es ist aufgefallen, daß das hier besprochene Gesetz vom 14. December 1866, Nr. 160 R. G. Bl., auch für Dalmatien promulgirt wurde, obgleich daselbst keine Wuchergesetze bestehen. Allein man darf nicht übersehen, daß die Zinstaxe, im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellt, auch in Dalmatien Giltigkeit hatte. So weit also das Gesetz überhaupt einen unzweifelhaften Fortschritt begründet, nämlich in den §§. 1 und 2, war es auch für Dalmatien nothwendig. Ob es nothwendig und gut war, die folgenden Paragraphe dort einzuführen, hängt dann natürlich vor Allem eben von dem Urtheil ab, das man sich überhaupt über dieselben bildet. Fällt dieses negativ aus, so muß man freilich die Lage Dalmatiens sonderbar finden, das bisher eine Zinstaxe ohne Wucherstrafen hatte und nun ein Wucherstrafgesetz ohne Zinstaxe erhält. Ob wohl in Dalmatien sich bisher der Mangel eines Strafgesetzes gegen Wucher fühlbar gemacht haben mag? Jedenfalls tritt das neue Gesetz in Dalmatien unter ganz verschiedenen Voraussetzungen ins Leben als anderswo; was bei der Beurtheilung der uns bevorstehenden Erfahrungen von Wichtigkeit sein wird.

warme Vertheidiger gefunden, welche von sehr beachtenswerthen Gesichtspunkten ausgingen. Es ist uns aber nicht bekannt geworden, daß jemals eine Stimme öffentlich die Haltbarkeit jenes Standes der Dinge verfochten hätte, welchen wir in Oesterreich zum mindesten seit dem Jahre 1848 vor Augen hatten. Die Staatsschuld verzinste sich seit jener Zeit thatsächlich bedeutend höher, als bei Privatanlehen gestattet war; der Staat nahm sogar directe Anlehen unter Bedingungen auf, welche flagrante Ueberschreitungen der gesetzlichen Zinstaxe enthielten. Ist es auch richtig, daß das immer steigende Ausgebot der Staatspapiere und alles Andere, was deren Cours so gewaltigen Schwankungen aussetzt, Viele bestimmen wird, Privatanlehen als die solidere Capitalsanlage anzusehen, so kommt doch auf der anderen Seite auch die leichte Umsetzung der Staatspapiere in Geld, im Gegensatz zum langsamen Gange der Civilexecution und noch mehr die verhängnißvolle Wechselwirkung in Betracht, welche mit nur allzu kurzen Unterbrechungen zwischen dem Werth der Staatspapiere und dem des gesetzlichen Zahlungsmittels bestand, wodurch in einer der wichtigsten Beziehungen gerade der Cours des Staatspapiers der Regulator des Privatcredits in Oesterreich werden mußte. An seinem Monopol des Bewuchertwerdens ließ der Staat hie und da reichbegüterte Privatmänner und größere Privatunternehmungen Theil nehmen. Dann entband er andere Unternehmungen in der entgegengesetzten Richtung von der Zinstaxe. Die Gebahrung, welche sofort hier eintrat, mußte den letzten Zweifel darüber verschwinden machen, daß das Gesetz des Staates etwas vorschrieb, was die unwiderstehlichen Gesetze der Oekonomie zu halten nicht gestatteten. Inzwischen hatten die allgemeine Wechselfähigkeit, die Zulassung der Intabulation von Blancocrediten, die sogenannten Kostgeschäfte im Börsenverkehr, das neue Handelsgesetzbuch auf allen Seiten die Dämme der Wuchergesetze rissig gemacht. Zugleich war dadurch und durch die Ueberladung des Actienmarktes dem Capital der Abfluß zu Unternehmungen gestattet worden, welche eine die Zinstaxe weit überschreitende Verzinsung versprachen, ohne daß in der Regel ein Conflict mit dem Gesetz zu fürchten war. Eben dadurch aber ward für diejenigen, zu deren Schutz die gesetzliche Zinstaxe angeblich noch fortbestand, das Angebot von Capitalien vermindert, und der Preis (der Capitalzins) unwiderstehlich emporgetrieben. Die Gewährung eines Darlehens, bei welchem das gesetzliche Zinsmaximum nicht überschritten wurde, war thatsächlich nicht mehr der

Abschluß eines Geschäftes, sondern ein Act der Wohlthätigkeit, — eine mäßige Ueberschreitung desselben konnte, bei aller Ungesetzlichkeit, ein Act der Freundschaft und Gefälligkeit sein. Und dennoch konnten die Gerichte durch die niedrige Gesinnung des nächsten Denuncianten[2]), zumeist des Schuldners selbst, der der Versuchung nicht widerstehen konnte, einen Aufschub der Execution zu erlangen, in die Lage gebracht werden, denjenigen strafen zu müssen, der bei dem angeblichen Wuchergeschäft in wirthschaftlicher Hinsicht als der Beschädigte und in sittlicher Beziehung als der minder Verdammenswerthe der beiden Contrahenten erschien. Indeß ist jener mit den Wuchergesetzen getriebene Mißbrauch, der sich in den Verhandlungen der Strafgerichte abspiegelt, das Geringste; denn die Wuchergesetze schreckten diejenige Menschenclasse niemals, gegen welche sie eigentlich gerichtet waren; auf die Umgehung derselben, auf die Bemäntelung der Gesetzesübertretung eingeübt, zogen diese Menschen den Fall, daß sie einmal ertappt werden, ruhig in den Kreis ihrer Berechnung, und steigerten entsprechend die Versicherungsprämie, welche sie sich zahlen ließen. — Ganz anders die zahlreiche Classe derjenigen, die, ohne Wucherer von Gewerbe zu sein, sich unter dem Eindruck der oben dargelegten Momente zu einer noch so leichten Ueberschreitung der Zinstaxe verleiten ließen. Sie waren von diesem Augenblick an der Großmuth des Schuldners anheim gegeben, und kein Mensch kann es übersehen, wie oft die Drohung mit der Wucheranzeige das Mittel der schamlosesten und undankbarsten Erpressung geworden ist.

Wie weit ist diesem Zustande jetzt ein Ende gemacht?

Das neue Gesetz hebt die Zinstaxe auf; d. h. der Versuch, den Zinsfuß von Staatswegen zu regeln, der freien Vereinbarung von Contrahenten zu dem Zwecke Schranken zu setzen, damit ihre Abmachungen nicht nachtheilig auf den *Stand des Geldmarktes überhaupt* zurückwirken können, mit *einem* Wort die Beschränkung der Privatwillkür *im öffentlichen Interesse*, ist aufgegeben. Damit entfällt von selbst das bisherige Wuchergesetz, welches nur ein Strafgesetz gegen die Ueberschreitung der Zinstaxe war. Trotzdem hat man geglaubt, den Versuch nicht aufgeben zu dürfen, durch Strafdrohungen den Schuldner

---

[2]) Manchmal ward den Gerichten durch die vollständige bona fides beider Contrahenten, welche das Geschäft in einer zur Verbücherung bestimmten Urkunde vollständig darstellten, und so die Grundbuchsbehörde zur Anzeige nöthigten, eine ungern vorgenommene Strafamtshandlung auferlegt.

gegen übermäßige und unverantwortliche Ausbeutung zu schützen. Die Zinstaxe ist abgeschafft; allein an die Stelle des bisherigen Strafgesetzes gegen die Ueberschreitung der Zinstaxe ist ein neues Strafgesetz getreten, das aber nicht das öffentliche Interesse an Erhaltung eines mäßigen Zinsfußes, sondern das Privatinteresse des Schuldners wahrnehmen soll, ein Strafgesetz, welches sich unseres Erachtens in bester Absicht das Unmögliche zur Aufgabe setzte, und schon darum sich in unlösbare technische Schwierigkeiten verwickeln mußte, — ein Strafgesetz, welches gegen die Fundamentalregel verstößt, daß jede Strafnorm deutlich genug sein müsse, um den Unterthanen bei ihrem Thun und Lassen zur Richtschnur zu dienen, und daß es eine bestimmte Strafe androhen müsse, — ein Strafgesetz endlich, von dem wir besorgen, daß es in manchen Beziehungen die Lage des Schuldners verschlimmern werde, von dem wir überzeugt sind, daß es Advocaten, Notaren, Staatsanwälten, Richtern, kurz Allen, die es Rath ertheilend, anklagend und Recht sprechend, anzuwenden haben werden, die schmerzlichsten Verlegenheiten bereiten werde.

Betrachten wir das Gesetz in seinen Einzelnheiten, so haben wir uns zunächst mit der Abschaffung der Zinstaxe zu beschäftigen.

Der Wortlaut der §§. 1 und 2 läßt keinen Zweifel darüber, daß die §§. 994—996 und 998 a. b. G. B. aufgehoben seien, wobei dann §. 995 a. b. G. B. durch §. 2 des Gesetzes vom 14. December 1866, ersetzt ist. — §. 994 stellt die Zinstaxe auf, §. 995 bestimmt den für stillschweigend verabredet zu erachtenden Zinsfuß und den der aus dem Gesetze gebührenden Verzinsung. §. 996 erklärt Verabredungen, durch welche dem Schuldner außer der Zahlung des Capitals und der Zinsen Nebenschuldigkeiten auferlegt werden, durch welche das Maß der erlaubten Vertragszinsen überschritten werden, für ungiltig. — §. 998 enthält das ausdrücklich aufgehobene Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen.

Vollkommen klar ist jedoch der Umfang der an den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes durch die §§. 1 und 2 des Gesetzes vom 14. December 1866 herbeigeführten Aenderungen nicht. Es besteht nämlich eine beträchtliche Anzahl von Bestimmungen, die mit der gesetzlichen Zinstaxe in mehr oder weniger deutlichem Zusammenhange stehen, und bei allen wird es nun Frage der Auslegung, ob sie als auf-

gehoben zu betrachten seien. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen folgende Grundsätze maßgebend sein.

Aufgehoben sind alle jene Bestimmungen, welche „Beschränkungen des Maßes der bei Gelddarleihen bedungenen Zinsen und sonstigen Leistungen" vorzeichnen, oder welche solche Beschränkungen zur Voraussetzung haben und zwar so, daß sie ohne dieselben unverständlich und unausführbar sind. Jene Bestimmungen dagegen, welche mit der gesetzlichen Zinstaxe nur dadurch zusammenhängen, daß man den Wunsch, eine mögliche Umgehung der Zinstaxe zu verhüten, als ihnen zu Grunde liegendes legislatives Motiv anzusehen hat, bleiben aufrecht, da sie auch ohne Zinstaxe verstanden und ausgeführt werden können, da eine ausdrückliche Aufhebung nicht stattgefunden hat, und bekanntlich selbst der ausgesprochene Grund des Gesetzes von dem das Recht bestimmenden Theil des Gesetzes getrennt bleibt und nicht als ein Bestandtheil desselben angesehen werden darf[3]).

Wir wollen nun versuchen, diese Grundsätze auf die wichtigsten hier in Frage kommenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden:

1. §. 993 a. b. G. B. erklärt, daß der Darleihensvertrag, bei welchem sich der Darleiher „in Rücksicht auf die Gattung, Güte oder Menge ausdrücklich oder stillschweigend mehr bedingt, als er gegeben hat," nur in sofern bestehen könne, „als dabei die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden." Diese Bestimmung bezieht sich zwar nicht bloß auf die Verzinsung, sondern hat auch dasjenige vor Augen, was man mit gänzlicher Verkennung der Natur der Sache Wucher im Capital nannte. Allein abgesehen davon, daß bei genauerer Betrachtung jeder sogenannte Wucher im Capital sich als Wucher in den Zinsen erweist, ist die Bestimmung deßhalb unanwendbar geworden, weil von einer Ueberschreitung der erlaubten Vertragszinsen künftig nicht mehr die Rede sein kann. Der Paragraph muß also als aufgehoben angesehen werden.

2. Das Gleiche gilt aus gleichem Grunde von jenem Satze des die Conventionalstrafe behandelnden §. 1336 a. b. G. B., welcher lautet: „Doch darf bei Darleihen der Betrag, worauf der Richter erkennet, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen."

[3]) Savigny, System I, 218

3. Viel zweifelhafter ist schon der Einfluß des neuen Gesetzes auf die Bestimmung des §. 997 a. b. G. B., daß Zinsen höchstens auf ein halbes Jahr vorhinein abgezogen werden können, und daß die „über dieses Maß vorhinein abgezogenen Zinsen" vom Tage des Abzuges an vom Capitale abzurechnen seien. Es ist klar, daß das Gesetz in einem solchen Vorgange eine Verkürzung des zu verzinsenden Capitals und also indirect eine Erhöhung der Zinsen sah. Der Vorgang ist im §. 9 des Wucherpatentes als Wucher in den Zinsen erklärt, ohne daß weiter untersucht wird, ob nicht im einzelnen Falle bei niedriger Verzinsung und bei einer bestimmt festgesetzten Rückzahlungsfrist trotz des Abzuges von Zinsen für einen längeren Zeitraum die Zinstaxe dennoch eingehalten sei. (Werden z. B. für 100 fl. jährlich 4 fl. bedungen und für ein ganzes Jahr voraus abgezogen, so hat der Schuldner zwar 2 fl. zu viel verzinst; allein trotzdem bleibt der von ihm bezahlte Zins beträchtlich unter dem Maximum von 5 fl. resp. 6 fl. jährlicher Zinsen*). Man kann sich die Beschränkung in der That nur daraus erklären, daß dem Gesetz ein so exceptioneller Fall, wie er hier vorausgesetzt wird, besonderer Berücksichtigung nicht würdig schien, und daß die Bestimmung ihrem Wesen nach doch nur gegen eine verdeckte Erhöhung des Zinsfußes gerichtet war. Der Zeitraum, für welchen verzinst wird, und Zinsfuß sind nur Factoren desselben Productes. Man kann das letztere, das Maß des erlaubten Zinses, ebensowohl durch die Einwirkung auf jenen wie auf diesen reguliren. Zeit ist hier buchstäblich Geld. Daher erscheint mir die ganze Bestimmung als eine Beschränkung in Betreff des Maßes der bei Gelddarleihen bedungenen Zinsen, und ich sehe dieselbe als aufgehoben an.

4. Die Bestimmung des §. 1335 a. b. G. B., nach welcher das Recht, von dem Capitale weitere Zinsen zu fordern, erlischt, wenn der Gläubiger ohne gerichtliche Einmahnung die Zinsen bis auf den Betrag der Hauptschuld steigen ließ — hat nicht in dem Bestreben, die Einhaltung der Zinstaxe zu sichern und den Zinsfuß niedrig zu erhalten, sondern in der billigen Beurtheilung der Lage des Schuldners und seiner Erben, welche plötzlich zur Bezahlung einer vergessenen und in der

*) Eben darum macht Unger in seinen Fragmenten über Obligationenrecht (Haimerl's Vierteljahrsschrift XI. Heft 2) 11. Anm. 16, die Bemerkung, es sei dem Gläubiger, da ihm auch beim höchsten Zinsfuß die Zinsenanticipation auf ein halbes Jahr gestattet ist, in diesem Fall inconsequenterweise ein höherer als der sonst erlaubte Zinsenbezug gestattet.

Zwischenzeit maßlos angewachsenen Schuld verhalten werden könnten, ihren Grund[5]). Sie ist übrigens angesichts der im §. 1480 a. b. G. B. normirten dreijährigen Verjährungsfrist für Zinsen dermaßen bedeutungslos, daß man schon am 21. Nov. 1812 (J. G. S. Nr. 1016) mühsam beweisen mußte, daß sie nicht völlig überflüssig sei. Jedenfalls ist sie ganz unabhängig vom Zinsfuß, ausgenommen insofern sie natürlich um so später in Anwendung kommen kann, je niedriger der Zinsfuß ist. Sie kann nicht wohl unter den Gesichtspunkt einer gesetzlichen Beschränkung in Betreff des Maßes der bedungenen Zinsen gebracht werden, wenn sie gleich unter Umständen eine Herabminderung des dem Gläubiger an rückständigen Zinsen gebührenden Betrages herbeiführen kann. Man muß sie daher als fortbestehend ansehen.

5. Die §§. 1371 und 1372 a. b. G. B. führen eine Reihe von unzulässigen Nebenverabredungen bei Pfand- und Darleihensverträgen auf. Die überwiegende Mehrzahl dieser Verbote hat den Schutz des Schuldners gegen den Gläubiger zum Zweck. Allein eine Beziehung zur Zinstaxe ist bei den im §. 1371 enthaltenen Verboten nicht zu entdecken, und das Gesetz selbst gibt als Grund der Ungiltigkeit der Verabredungen an, daß sie der Natur des Pfand- und Darleihensvertrages entgegenstehen. Daß diese Bemerkung sich auch auf das im §. 1372 enthaltene Verbot des pactum antichreseos beziehe, läßt sich nicht behaupten; jedenfalls hat dieses Verbot seinen Hauptgrund darin, daß durch die dem Gläubiger zugestandene Benützung der Pfandsache die Ueberwachung der Einhaltung der Zinstaxe erschwert ist. Allein schon die Unklarheit des Verhältnisses, die Möglichkeit, daß der Schuldner über den Werth seiner Leistung sich täusche, daß der Gläubiger die Pfandsache willkürlich übermäßig ausnützen könne u. dgl. mag die Beibehaltung des alten Verbotes wünschenswerth gemacht haben. Jedenfalls ist es auffallend, daß die Verabredung auch da nichtig ist, wo thatsächlich eine Ueberschreitung der Zinstaxe nicht stattfand und wo sie daher auch nicht einen Fall des Wuchers in den Zinsen (§. 9 lit. c. des Wucherpat.) begründet. Die Bestimmungen der §§. 1371 und 1372 a. b. G. B. müssen also ebenfalls als nicht aufgehoben angesehen werden.

---

[5]) Zeiller Commentar III. S. 773. Vgl. übrigens die Bemerkungen Unger's über §. 1335 a. b. G. B. (System I. S. 606, Anm. 41). S. auch dessen Fragmente über Obligationenrecht, II Anm. 14.

Daß das Gesetz aber Erörterungen, wie den vorstehenden, Raum ließ, daß es nicht kurzweg selbst die Stellen des a. b. G. B., die aufgehoben sein sollen, bezeichnete, worin mag das seinen Grund haben? — Schwerlich in etwas Anderem, als darin, daß die bisher der Kürze halber als aufgehoben bezeichneten Gesetzesstellen, es eigentlich doch nicht sind, vielmehr, freilich durch einen sehr dünnen Faden, noch am Leben gehalten werden. Während nämlich ein Darleihen sowohl in Geld als in anderen verbrauchbaren Sachen gegeben werden kann, spricht §. 1 des Gesetzes vom 14. December 1866, aus Gründen, die man sich schwer vorzustellen vermag, nur von Geldd a r l e i h e n. Für andere Darleihen, die freilich nur äußerst selten vorkommen, bleiben also auch die für Geldbarleihen aufgehobenen gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufrecht, während das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, u n b e d i n g t außer Wirksamkeit gesetzt ist.

Fassen wir nunmehr den s t r a f r e c h t l i c h e n Theil des Gesetzes ins Auge, so müssen wir anerkennen, daß wir es hier mit einer legislativen Erscheinung zu thun haben, die völlig vereinzelnt dasteht, der es an jedem brauchbaren Vorbilde fehlte. Die bisherigen Strafgesetze gegen den Wucher hatten überall eine Zinstaxe vor Augen, deren Ueberschreitung conditio sine qua non jeder Bestrafung war. Seit langer Zeit trug man indeß Bedenken, die e i n f a c h e Ueberschreitung der Taxe als zur Bestrafung ausreichend gelten zu lassen, wie dies das österr. Patent von 1803 thut. — So erklärt das bekannte französische Gesetz vom 3. Sept. 1807 nur die g e w o h n h e i t s m ä ß i g e Ueberschreitung der Zinstaxe für strafbar. Andere Gesetze berücksichtigen a u ß e r d e m noch den sogenannten v e r k l e i d e t e n Wucher (Hannover Art. 313, Preußen §. 263). Wieder andere berücksichtigen das Moment des Gewohnheitsmäßigen nicht, n u r den verkleideten oder betrügerischen Wucher. Das Strafgesetz für die thüringischen Staaten sieht einzig darauf, ob der Gläubiger bei Ueberschreitung der Zinstaxen den „ihm bekannten Nothstand oder den ihm bekannten Leichtsinn eines Andern benützt hat" (Art. 286 thür. St. G.). Nur e i n deutsches Gesetz hatte eine der unseres neuesten Wuchergesetzes analoge Aufgabe zu lösen. In B a d e n ist seit 1809 die Ausbedingung auch höherer als 6 pCt. Zinsen gestattet, doch ist eine solche Verabredung dem Urkundenzwange unterworfen, das Zinsenübermaß ist vom Pfandrechte ausgeschlossen, manchen anderen civilrechtlichen Nachtheilen ausgesetzt, und der Schuldner ist hinsichtlich

der Aufkündigung günstiger gestellt, als der Gläubiger[6]). Begreiflicherweise liegt hier die Versuchung nahe, durch Verkleidung der Zinsenstipulation die eben angeführten gesetzlichen Bestimmungen illusorisch zu machen. Dies ist nun der Ausgangspunkt des §. 533 des badischen Strafgesetzbuches, welcher lautet: „Wer bei Darleihen und anderen belasteten Verträgen sich übermäßige Vortheile bedingt, wird in folgenden Fällen wegen Wuchers bestraft: 1. Wenn er die ihm bekannte Noth oder den ihm bekannten Leichtsinn des Anderen zu dessen Uebervortheilung — benützt und sich die bedungenen wucherischen Vortheile in der Vertragsurkunde verschleiert zusichern ließ; 2. wenn er, um den Anderen zu täuschen, den Vertrag so einkleidete, daß derselbe daraus das wahre Verhältniß seiner Leistung zur Gegenleistung nicht erkannte, und nach dem Grade seiner Einsichten nicht leicht erkennen konnte; 3. wenn er einem Minderjährigen, Entmündigten, Mundtodten oder Verbeiständeten bei Verträgen der im Eingang bezeichneten Art, die er mit ihm ohne Mitwirkung des Vormundes, Pflegers oder Beistandes eingegangen hat, einen wirklichen Vermögensnachtheil zufügte[7])."

---

[6]) Goldschmidt in den Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages I. S. 256.

[7]) Aehnlichkeit mit dem im badischen Gesetz Unternommenen hat auch ein Versuch, der vor Jahren in einem preußischen Strafgesetzentwurf gemacht wurde. Schon das a. Landrecht hatte nämlich nur den verkleideten Wucher für strafbar erklärt. Goltdammer (Materialien II, 603, 604) berichtet darüber: „Von einer eigenthümlichen Auffassung für diese Strafandrohung nun ging der Entwurf von 1829 aus. Die Annahme höherer als der gesetzlichen Zinsen sei an und für sich nicht strafbar. Die Gesetzgebung habe sich durch die Herrschaft des geschichtlichen Princips über die Zinsbeschränkungen von dem ableiten lassen, was eigentlich Rechtsverletzendes aus den Verboten entstanden sei. Es lasse sich aber kein Grund einsehen, aus dem der Eingriff in die Rechtssphäre des Anderen gefolgert werden könne, wenn aus freiem Willen für den Gebrauch von Geld mehr als die gewöhnlichen Zinsen gegeben werde. Das Gesetz könne dies verbieten; aber dieses Verbot erweitere nicht den Titel des Geldsuchenden auf die Gestattung des Gebrauches. Halte der Geldbesitzer den Gebrauch höher, so bleibe es immer freier Wille des Anderen, sein Eigenthum dazu zu verwenden, oder nicht. Das Annehmen sei gesetzwidrig aber nicht rechtsverletzend. Nur dann gestalte sich die Sache anders, 1. wenn der Geldsuchende dasselbe unbedingt nöthig bedürfe, und der Gläubiger dies benutze, ihm nach Belieben dafür Vergütigung abzunehmen — gleichsam eine Erpressung; 2. wenn der Gläubiger mit Klage drohe, und durch diese Drohung Vortheil erpresse — eine wirkliche Erpressung; 3. wenn der Gläubiger durch das Versprechen der Zahlung einer Summe sich die auf so hochlautende Urkunde zu verschaffen wisse, dann aber die volle Valuta gezahlt zu haben behaupte, obwohl es nicht geschehen sei — also Betrug. Nur in diesen Fällen nahm also der Entwurf von 1829 strafbaren Wucher an. Die späteren Entwürfe haben aber diese Art der Auffassung als unpraktisch nicht verfolgt. Bei ihnen handelte es sich somit nach der Entscheidung der Hauptfrage über die Strafbarkeit an sich nur darum, ob schon die offene Ueberschreitung der gesetzlichen Zinsbeschränkung, oder nur die verkleidete zu strafen sei?"

Stellen wir daneben den §. 3 unseres Gesetzes vom 14. December 1866; denn es ist leicht zu sehen, daß ihm diese Bestimmung des badischen Rechtes und der später zu erwähnende §. 16 des Wucherpatentes von 1803 den Ausgangspunkt boten, und daß man bemüht war, eine Fassung zu suchen, welche die Strafbarkeit des Wuchers auf die allerschwersten Fälle beschränkt. §. 3 lautet nämlich: „Strafbar wegen Wuchers, wer die Nothlage, den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder die Verstandesschwäche des Anleihers zu dessen empfindlichem Nachtheile mißbraucht, um für sich oder Andere, unter was immer für einer Form, einen Vortheil zu bedingen, welcher zu dem am Orte üblichen Zinsenmaße und zu den mit seiner Leistung etwa verbundenen Auslagen, Verlusten oder sonstigen Opfern in auffallendem Mißverhältnisse steht."

Statt wie das badische Gesetz blos von „übermäßigen Vortheilen" vom „Benützen zu dessen Uebervortheilung" zu sprechen, verlangt unser Gesetz ein „Mißbrauchen zu dessen empfindlichem Nachtheile" und es bestimmt den übermäßigen Vortheil als einen solchen, welcher durch ein auffallendes Mißverhältniß zwischen dem am Orte üblichen Zinsenmaße und den Opfern des Darleihers charakterisirt wird. Dagegen aber steht §. 3 in folgenden wichtigen Momenten hinter dem badischen Vorbild zurück:

1. Die sehr bestimmte Forderung, daß Nothstand oder Leichtsinn des Anleihers dem Darleiher *bekannt* gewesen sein müssen, ist in eine bloße Andeutung durch das Wort: *mißbraucht* übergegangen. Dies ist um so bedenklicher, weil in unserer Praxis die Ansicht sehr verbreitet ist, daß es bei Vergehen und Uebertretungen auf den bösen Vorsatz nur da ankomme, wo das Gesetz ihn ausdrücklich fordert.

2. Die Bestimmungen der Absätze 2 und 3 des badischen Gesetzes sind mit Recht weggeblieben, weil Abs. 2 einen Vorgang trifft, welcher unter das Strafgesetz über Betrug fällt, Abs. 3 aber von Beschädigungen, gegen die schon nach den allgemeinen Regeln des Civilrechtes leicht Abhilfe zu finden ist. Dennoch haben die dort zur Sprache gebrachten Momente auf die Fassung unseres §. 3 sichtlich eingewirkt, und gerade die Heranziehung der Unerfahrenheit und der Verstandesschwäche des Anleihers neben der Erwähnung des Leichtsinns ist es, was der Bestimmung eine so schreckenerregende Dehnbarkeit gibt.

3. Das Wichtigste aber ist, daß nach Absatz 1 des *badischen* Gesetzes der Thatbestand ein Moment enthält, welches ganz deutlich be-

zeichnet ist, ganz bestimmt vom Beschuldigten erkannt sein muß: das der Verkleidung des wirklich beabsichtigten Geschäftes. So wie nach allen anderen Gesetzen die Ueberschreitung der Zinstaxe, so ist nach dem badischen Gesetz die Verkleidung etwas als verboten Erklärtes und als verboten Erkennbares. Es hängt dies zumal auf Seite des Thäters von keiner weiteren Prüfung, von keiner Abwägung verwickelter Verhältnisse ab. Wer sich das eine oder das andere zu Schulden kommen läßt, weiß, daß er sich bereits im Unrecht befindet, und mag nun zusehen, daß er nicht auch noch jene anderen minder scharf bezeichneten Momente des Thatbestandes verwirkliche, von deren Hinzutreten die Strafbarkeit abhängt.

Gerade an einem solchen Anhaltspunkt fehlt es aber in unserem neuen Gesetz; nichts ist angeführt, was nicht unter Umständen für den Eintritt der Strafbarkeit gleichgiltig sein könnte; kein Erforderniß des Thatbestandes so bezeichnet, daß es eine Warnungstafel bildete, die in einer keinem Mißverständnisse Raum lassenden Weise dem Darleiher ankündigt, daß er hier die Grenze überschreite, jenseits deren er strafbar sei oder es doch werden könne. Es ist vollkommen richtig, daß der Zug der modernen continentalen Gesetzgebung dahin gehe, die Casuistik möglichst zu vermeiden und dem Richter allgemeine Grundsätze als Norm hinzustellen. Allein dabei ist doch wohl zwischen Grundsätzen und bloßen Andeutungen, die schließlich nichts sind als ein Appell an das individuelle Ermessen, zu unterscheiden; und ganz besonders bedenklich ist es, wenn nicht blos ein oder das andere Moment des Thatbestandes in so vager Weise gezeichnet wird, sondern die ganze Definition eines Delictes aus derartigen Andeutungen zusammengesetzt ist. Man kann sich es auch nicht verbergen, daß mehrfach in unserer Praxis mit der Anwendung von Begriffen, welche zwar nicht in gleichem Maße, aber doch ebenfalls in weitgehender Weise durch das subjective Ermessen begrenzt werden (wie z. B. dem der Erpressung, der Störung der inneren Ruhe, ja selbst der Einmengung in den Dienst obrigkeitlicher Organe) Erfahrungen gemacht wurden, welche es für keinen Theil wünschenswerth erscheinen lassen, daß die Zahl der so definirten Delicte vermehrt werde. Damit erklärt es sich auch, daß, obgleich für jene Mißbräuche, die §. 3 des neuen Gesetzes treffen will, gewiß keine Sympathien im großen Publicum gefunden werden, dennoch die erwähnte Gesetzesstelle sofort ziemlich allgemein lebhafte Bedenken erregte.

Mit Recht bemerkt Savigny bei einer der Berathungen, aus welchen der nun aufgehobene §. 263 des preuß. Strafgesetzes hervorging: „Man kann nicht sagen, daß 6 pCt. unrechtlicher wären als 5, 10 pCt. unrechtlicher als 6 pCt. Das ist willkürlich. Ein Unrecht liegt nicht darin, wenn Jemand noch so hohe Zinsen nimmt mit Einwilligung eines Anderen. Es kann unbillig, es kann hart sein. Wo ist aber die Grenze, wenn die Frage auf Unbilligkeit gestellt wird? Man kann die allgemeine Regel aufstellen, Jeder solle unter allen Umständen ehrlich sein, aber nicht die Regel, Jeder solle wohlthätig und billig sein. Wohlthätigkeit und Billigkeit haben keine bestimmte Grenze.“ Das aber ist eben der große Fehler des neuen Wucherstrafgesetzes, daß es fortfährt, die Unbilligkeit des Geldausleihers, jenes Zuviel, welches sich doch nicht numerisch bestimmen läßt, zum Mittelpunkte des Thatbestandes zu machen. Was eben noch recht und billig war, das wird, sobald es die nicht markirbare Grenze der Billigkeit überschreitet, mit einem Schlage unbillig, unrecht und strafbar. Sonst sind diese drei Gebiete, wenn auch nicht streng von einander abgegrenzt, doch derart nebeneinander gestellt, daß man ein Fortschreiten von der Unbilligkeit zum Civilunrecht und von diesem zum criminellen Unrecht deutlich wahrnehmen kann. Bekanntlich ist z. B. die Abgrenzung zwischen dem strafbaren Betrug und jener Täuschung, welche nur civilrechtliche Folgen hat, keine ganz sichere, allein das Vorhandensein eines Schadens im civilrechtlichen Sinn, also die Zufügung eines Unrechtes, welches sich juristisch feststellen und abwägen und auch da noch erkennen läßt, wo aus irgend einem Grund die Strafbarkeit wegfällt, ist doch eine wesentliche Voraussetzung jedes strafbaren Betruges und gibt dem Thatbestande desselben einen festen Kern. Solche Uebergänge läßt das neue Wucherstrafgesetz nicht zu; der Gläubiger ist entweder strafbar und damit zugleich einer ganz arbiträren Herabminderung seiner Ansprüche ausgesetzt, oder er ist in seinem vollen Recht und kann vom Richter die zwangsweise Durchsetzung aller seiner Ansprüche begehren.

Allerdings soll die Unbilligkeit des Geldgebers nur unter der doppelten Voraussetzung bestraft werden, daß dem Geldnehmer ein empfindlicher Nachtheil zugefügt wurde, und daß derselbe sich in einer Lage befand, welche der Gesetzgeber besonderer Berücksichtigung würdig findet und welche dagegen im gegenwärtigen Falle zur Erlangung unverhältnißmäßiger Vortheile mißbraucht worden ist. Betrachten wir aber diese

Momente näher, so werden wir sehen, daß sie uns, wenn wir etwas Sicheres und Faßbares suchen, immer wieder auf jenes eine, auf das Hauptmoment, den übermäßigen Vortheil, den der Gläubiger sich zuwendet, zurückführen, — ein Moment, dessen Fixirung eben aufgegeben werden mußte.

Daß Ausdrücke, wie „empfindlicher Nachtheil," einer überaus schwankenden Beurtheilung unterliegen, wird gewiß nicht bestritten werden. Ebenso gewiß ist freilich, daß die Strafgesetze solche Ausdrücke nicht immer vermeiden können. Ein ähnlicher findet sich z. B. im §. 167 lit. c des Strafgesetzes, wo eine Strafabstufung der Brandlegung davon abhängig gemacht ist, daß „ein für den Verunglückten erheblicher Schaden entstanden ist." Der Unterschied zwischen unserem Gesetze und Bestimmungen der erwähnten Art besteht aber zunächst darin, daß sonst von solchen Wendungen nur die Strafabstufung, nicht aber die Existenz der strafbaren Handlung selbst, abhängig gemacht ist. Außerdem ist in solchen Fällen allerdings die Elle, mit welcher gemessen wird, von Gummielasticum statt von Holz oder Eisen, allein der Gegenstand, welcher gemessen werden soll, der rechtswidrig zugefügte Nachtheil, ist seinerseits ein ganz fest abgegrenzter, während in unserem Falle Beides, Maß und Gemessenes der subjectiven Beurtheilung anheim fällt. Hier wird sich nun eine sehr wichtige Frage ergeben: Ist der empfindliche Nachtheil lediglich nach den gesammten Vermögensverhältnissen des Bewucherten oder nach der Größe des ihm unbillig abgenommenen Zinsenquantums zu beurtheilen? Man wird geneigt sein, das Erstere anzunehmen; allein was werden dann die Consequenzen sein? Kann ein strafbarer Wucher an einem Manne begangen werden, der so reich ist, daß er auch nach dem Verlust etwa seines halben Vermögens noch immer sehr reich bleibt? Müßte da nicht umgekehrt bei einem sehr Armen schon der Entgang eines geringen Bruchtheiles seiner kleinen Habe als ein empfindlicher angesehen werden? Man kann sich die Sache auch so denken, daß man der Beurtheilung ein nicht ausgesprochenes fixes Verhältniß zwischen der erlittenen Benachtheiligung und dem Gesammtvermögen des Bewucherten zu Grunde legt; z. B.: „Empfindlich ist der Nachtheil dann, wenn er zum mindesten die Hälfte, ein Drittheil des Vermögens des Bewucherten beträgt." Hier wird man billig fragen müssen, ob der Wucherer auch nur eine annähernde Kenntniß von dem Vermögensstande seines Schuldners hatte? Es liegt in der Natur der

Sache, daß der Geldsucher seine Vermögensverhältnisse so glänzend als möglich darstellt. Kann man später den Geldgeber dafür strafen, daß er solche lügnerische Versicherungen als bare Münze nahm, oder auch nur zu nehmen sich den Anschein gab? Ferner fällt ein Bewucherter selten nur einem Wucherer in die Hand; er kann daher im Ganzen einen empfindlichen Schaden im oben angegebenen Sinn erleiden, ohne daß dafür ein einzelner Gläubiger verantwortlich gemacht werden kann. Endlich — welcher Zeitpunkt soll für die Beurtheilung des Vermögensstandes des Schuldners maßgebend sein? Die verderblichste Wirkung des Wuchers ist das lawinenartige Anwachsen einer Anfangs geringen und mit einem verhältnißmäßig erträglichen Opfer auch zu tilgenden Schuld. Bequemlichkeit, falsche Scham, verkehrte Speculation halten den Schuldner ab, sich rechtzeitig zu befreien; manchmal wieder greift er zu dem verhängnißvollen Mittel der Schuldentilgung durch Schuldenmachen. Oder es stellen sich neue Geldbedürfnisse ein, welche, eben weil das Aufnehmen neuen Geldes nicht mehr wohl angeht, durch Verschleuderung der Activa befriedigt werden. So ist es fast niemals ein bestimmter Wucherer und ein bestimmtes wucherliches Geschäft, wodurch der Ruin des Schuldners herbeigeführt wird. Jede Wucheruntersuchung müßte also, auf viele Jahre zurückgehend, die minutiöseste Darlegung des Vermögens- und Schuldenstandes des Bewucherten und der wenigstens annähernden Kenntniß des Gläubigers von diesen Verhältnissen sich zur Aufgabe setzen.

Hält man sich dagegen, absehend vom Gesammtvermögen des Schuldners, lediglich an jenen Nachtheil, welchen derselbe durch das Darlehensgeschäft an und für sich betrachtet, erleidet, frägt man nicht, ob der Schade für ihn, sondern ob er überhaupt erheblich sei: so wird der Nachtheil eben darin gefunden werden müssen, daß dem Schuldner unbillig viel abgenommen wurde; dann aber fallen die beiden Momente: „empfindlicher Nachtheil“ und „im auffallenden Mißverhältniß stehender Vortheil“ in Eins zusammen, statt sich gegenseitig zu begrenzen.

Soll ferner erörtert werden, ob das fragliche Geschäft dem Schuldner zum empfindlichen Nachtheil gereichte, so wird es doch wohl auch darauf ankommen müssen, welches seine Lage gewesen wäre, wenn der Gläubiger — wozu er ja unzweifelhaft berechtigt war — sich geweigert hätte, ihm das Darlehen zu geben. Wenn er, Alles in Allem genommen, durch das Darlehen eine Verbesserung seiner Lage erlangte, kann man

da noch sagen, es sei zu seinem empfindlichen Nachtheil geschlossen? Und wagt man das nicht, wie steht es dann mit dem Mißbrauch der Nothlage? — Die Worte „zu dessen empfindlichem Nachtheil" lassen ferner keinen Zweifel mehr darüber, daß nur diejenigen Vermögensverluste berücksichtigt werden können, welche dem Schuldner selbst bereitet werden. Nun ist aber eine der ärgsten Formen wucherischer Ausbeutung des Leichtsinnes, gewiß die am meisten strafwürdige, diejenige, welche durch den selbst vermögenslosen Schuldner dessen Angehörige auszubeuten sucht. Die Schulden des leichtsinnigen Sohnes zahlt der Vater im Interesse der Ehre des letzteren, oder weil sonst mit der Contrahirung der Schuld Nebenumstände verbunden sind, welche der Familie nur die Wahl zwischen der Vernichtung der Zukunft des jungen Mannes oder dem Bezahlen seiner Schulden lassen. Passen aber hier die Worte „zu dessen empfindlichem Nachtheil?" Und wenn nicht — hat man nicht allen Grund anzunehmen, das neue Gesetz sei wieder eines jener Netze, in denen die Fliegen hängen bleiben, während die Wespen sie zerreißen?

Die beiden zuletzt erörterten Punkte bringen uns übrigens von selbst auf jenen Theil der neuen Wucherdefinition, auf welchen ohne Zweifel die Verfasser derselben das Hauptgewicht legten, und welche auch wirklich beweisen, daß man bemüht war, nur die das moralische Gefühl am meisten verletzenden Fälle des Wuchers für strafbar zu erklären. Allein damit gerieth man eben in die Lage, dem ethischen Moment das Uebergewicht über das juristische zu verschaffen, dem Gefühl das entscheidende Wort einzuräumen, obgleich es sich nicht um ein Mehr oder Minder der Strafe, sondern um die Abgrenzung der Strafbarkeit selbst handelt.

Nichts war bisher einfacher als die Construction des strafrechtlichen Begriffes des Wuchers. Eine Zinstaxe war, zunächst in einem öffentlichen Interesse, in dem vermeintlich heilsamen Bestreben, eine künstliche Steigerung des allgemeinen Zinsfußes zu verhüten, aufgestellt Die Uebertretung dieses im öffentlichen Interesse erlassenen Verbotsgesetzes war das Wesen der strafbaren Handlung — für deren Existenz allein entscheidend und für sich allein ausreichend. Die Bedrückung des Schuldners wurde nur dadurch zum Unrecht, daß sie durch einen im öffentlichen Interesse für ungiltig, für strafbar erklärten Vertrag ausgeführt wurde. Gegen dieses Unrecht konnte Jener auch vor den Civil-

gerichten Abhilfe finden, und der Strafrichter hatte dasselbe nicht mehr zu berücksichtigen, wie bei jedem andern Delict, das zunächst Privatrechte verletzt. Der Eingang des Patentes von 1803 klagt allerdings: „Eine vieljährige, durch häufige Beispiele bestätigte Erfahrung hat die Erwartung, in welcher die vormals gegen den Wucher erlassenen Gesetze durch das Patent vom 29. Jänner 1787 aufgehoben wurden, nur zu sehr widerlegt. An die Stelle der durch diese Begünstigung beabsichteten freieren Verwendung der Capitalien zur Unterstützung nützlicher Unternehmungen trat ungemäßigte Gewinnsucht, die auf die Thorheit der Verschwendung und die Drangumstände des Bedürfnisses speculirte, Fleiß und Betriebsamkeit muthlos machte, den Privatcredit unterdrückte, und die schädlichsten Folgen auf Sitten und Gesinnungen verbreitete." Allein trotzdem sind die Gewinnsucht des Geldgebers und die Lage des Bewucherten nicht für den Begriff, nur für den Grad der Strafbarkeit des Wuchers maßgebend. Zum größten Theile sind es diese Momente, welche im §. 16 des W. P. von 1803 als erschwerende angeführt sind, und welche in verschiedenen Functionen im neuen Gesetze wiederkehren; wir führen daher jene Aufzählung der Vergleichung halber hier an: „a) wenn der Wucherer schon vormals mit der erhöhten Geldstrafe oder mit Arrest belegt worden ist; b) wenn der Thäter den Wucher zu einem Gewerbe gemacht hat; c) wenn durch den Wucher der Schuldner zu Grunde gerichtet wird; d) wenn durch Verleitung die Verstandesschwäche, oder der Leichtsinn, besonders bei Personen, die unter väterlicher, unter vormundschaftlicher Gewalt, oder unter einer Curatel stehen, gemißbraucht worden; e) wenn die Aussicht zur Wiederbezahlung auf das Absterben der Eltern oder solcher Personen hinausgesetzt ist, gegen welche eine rechtliche Verpflichtung der Ehrerbietung Statt hat."

Welches ist der Standpunkt des neuen Gesetzes? Zinsen in unbegrenztem Uebermaß zu nehmen, ist an sich erlaubt, sofern nur beide Contrahenten ihre Rechnung dabei finden. Aber auch wenn dadurch der Schuldner empfindlich benachtheiligt wird, ist der Vorgang an sich ein dermaßen rechtmäßiger, daß nicht einmal eine civilrechtiche Abhilfe dagegen zu erlangen ist. Ist dem aber so, wie kann der juristische Charakter der Transaction durch die besondere Lage des Bewucherten geändert werden, so lange diese es nicht mit sich bringt, daß auch andere Arten des Mißbrauchs dieser Lage strafbar werden? Ein Theil der hier

als maßgebend bezeichneten Umstände ist freilich der Art, daß ihnen gegenüber verbrecherische Handlungen leicht gedacht werden können; diese werden aber dann auch durch die Gesetze über Betrug und Erpressung wirklich erreicht, oder sie können durch eine bessere Redaction dieser Gesetze erreicht werden; nur wird man dann eben nicht das Vorhandensein eines Darlehens zur conditio sine qua non machen müssen. Warum aber dann noch ein Specialgesetz für Darlehen? Leichtsinn, Unerfahrenheit und Verstandesschwäche können allerdings bewirken, daß der Bewucherte Bedingungen eingeht, die er bei besserer Einsicht in die Dinge nicht hätte über sich ergehen lassen. Wird dies auf dem Gebiet der Darlehensgeschäfte allein oder auch nur überwiegend der Fall sein? Ein einfacheres Verhältniß als gerade beim Darlehen kann man sich nicht vorstellen; Zahlen, wie sie hier ausgesprochen werden müssen, machen auch auf Unerfahrene und Beschränkte einen sehr bestimmten Eindruck. Nehmen wir einen nackten Darlehensvertrag mit Zusicherung der Rückzahlung eines die Darlehenssumme übersteigenden Capitals und namhafter Zinsen und Festsetzung kurzer Zahlungsfristen; gewiß wird das leichter etwa von einem unwissenden Landmann verstanden werden, als der Werth eines zum Kaufe angebotenen Gegenstandes, als der einer Pachtung u. s. w. Warum kann man nicht strafbar werden, wenn man dieselben Leute bei Geschäften der letzteren Art überhält? Warum begnügt sich hier das Gesetz mit dem Rechtsmittel der laesio enormis? — Wer einem jungen, leichtsinnigen Menschen hohe Summen im Spiel abnimmt, das ja nicht gerade ein Hazardspiel sein muß, — wer ihm Pferde und allerhand Tand verkauft, für den es keinen leicht abmeßbaren Werth gibt, — wer ihn verleitet, aus Freundschaft sein Giro auf einen fremden Wechsel zu setzen, der niemals eingelöst wird — wer ihn in ein ruinirendes Börsenspiel verwickelt: der bleibt dem Strafgesetze unzugänglich, das den Darleiher erreicht. Und doch können in Fällen dieser Art Verwerflichkeit des Thäters, maßloser Gewinn desselben, empfindlicher Nachtheil des Verlockten ganz ebenso groß sein: es fehlt keines der Momente, die ein Darlehensgeschäft zum Wuchergeschäft stempeln, aber die Strafe des Wuchers tritt nicht ein. Fast immer sind es Erlebnisse dieser Art, die den Leichtsinnigen und Unerfahrenen dem Wucherer in die Arme treiben; warum soll dieser allein büßen, was Andere zum Theil in höherem Grade verschuldeten?

Es ist richtig, das Darlehen kann so gemacht werden, daß dem

Anleiher die Größe der Belastung nicht klar wird. Allein ein solches Geschäft wird theils civilrechtlich anfechtbar sein, theils den Darleiher der Bestrafung wegen Betruges um so gewisser aussetzen, wenn er die Furcht vor dem Wuchergesetz nicht als Motiv der Verkleidung vorschützen kann. Jenseits dieser Grenze sollte es aber doch heißen: Jura vigilántibus scripta. Man wird bei uns mit 24 Jahren erst großjährig; Vormundschaftsverlängerungen, Curatelsverhängungen u. s. w. sind nicht gar schwer zu erlangen. Sollte das nicht genügen, um vor nachtheiligen Darleihen zu schützen, da es doch genügen muß, wenn es sich um weit wichtigere Geschäfte handelt?

Ein Moment bietet allerdings das Darlehen, welches bei anderen Geschäften nicht in dem Grade vorkommt. Es kann für die Jugend, für den Unerfahrenen und Leichtsinnigen eine Verlockung zu leichtsinnigen Ausgaben werden, wenn es entgegengebracht wird. In solchen Fällen liegt die Ursache des Ruins aber nicht in der Höhe der Zinsen, sondern in der Vergeudung des Capitals. Es ist das jene Verleitung, durch welche nach §. 16 lit. d Pat. v. 1803, gewisse Eigenschaften des Schuldners mißbraucht werden können; aber gerade diese wichtige Bezeichnung ist in das neue Gesetz nicht übergegangen. Auch kann das gleiche verderbliche Resultat auf eine sittlich nicht minder verwerfliche Weise dadurch herbeigeführt werden, daß man Personen der bezeichneten Art bereitwillig Alles auf Borg liefert, was sie reizt und was zu begehren man sie schlau aufreizt. Solche Geschäftsmänner, die dabei auch noch vortheilhafte Tausch- und Rückkaufgeschäfte machen, erreicht kein Strafgesetz. Liegt aber in der maßlosen Ausbeutung fremden Leichtsinns, fremder Unerfahrenheit und Verstandesschwäche nicht blos eine Verletzung der ethischen Gesetze, sondern eine solche Störung der öffentlichen Rechtsordnung, welche die Aufstellung eines Strafgesetzes nothwendig und gerechtfertigt erscheinen läßt, dann hat man Unrecht, dasselbe auf den Wucher zu beschränken. Man unterläßt dies, weil man die Dehnbarkeit der Strafsatzung fürchtet, die man aufstellen müßte, und weil man sich bewußt ist, daß man damit auf dem bedenklichen Grenzgebiete zwischen dem sittlich Verwerflichen und dem staatlich Strafbaren allzuweit sich vorwage. Allein daraus ergibt sich eben, daß man nach Abschaffung der Zinstaxe auch auf dem Gebiet der Darlehensgeschäfte Leichtsinn, Unerfahrenheit und Verstandesschwäche dem ihnen nicht karg zugemessenen Schutz der Civilgesetze überlassen muß,

wenn man nicht durch eine sehr sorgfältige Casuistik jene Fälle festzustellen vermag, in welchen eine ausnahmsweise Bestrafung der Ausbeutung durch Darlehen und eben nur durch Darlehen sich als nothwendig und gerecht erweist.

Viel berechtigter, viel dankenswerther ist das Bestreben der Gesetzgebung, einer maßlosen Ausbeutung der Nothlage des Bewucherten entgegenzutreten.

Denn es ist die Frage, ob es gut sei, auf Kosten der Verkehrsfreiheit den Leichtsinn[8]) gegen einzelne der Gefahren, in die er stürzen

---

[8]) Wohl schwerlich zeigt die Geschichte eines anderen Landes solche Sprünge in der Gesetzgebung, wie die Oesterreichs. Als im Jahre 1787 das Wucher strafgesetz abgeschafft wurde (die Zinstaxe blieb in so weit in Kraft, als für die über das gesetzliche Maß zugestandenen Zinsen keine Execution gewährt ward), sah man es gewissermaßen als Consequenz davon an, daß die Prodigalitätserklärung und die exceptio non numeratae pecuniae privilegiata abgeschafft wurde, während das neueste Wuchergesetz selbst Leichtsinnigen, die nicht als Verschwender erklärt sind, Schutz angedeihen läßt. Auch im Jahre 1803 war man nicht gesonnen, den Leichtsinn zu begünstigen - man gab ja sogar im §. 18 des Wucherpatentes eine scharfe Strafbestimmung gegen muthwillige Anleiher. Man hatte vielmehr sein Augenmerk überhaupt darauf gerichtet, die Gesellschaft gegen die Gefahren zu schützen, welche muthwillige Anleiher ihr bereiten. Es dürfte nicht überflüssig sein, die Schilderung der damaligen Zustände hier wiederzugeben, mit welcher v. Zeiller (Jährl. Beitr. III., S. 1 ff.) die schon angeführten Eingangsworte des Wucherpatentes paraphrasirt: „Die große Absicht Joseph's II. bei Abschaffung des Strafgesetzes gegen den Wucher war, durch den freien Zusammenfluß der Darleiher die Zinsen mit der Benützung der Capitalien auf eine ungekünstelte Art in ein Gleichgewicht zu setzen und hiedurch der Industrie und dem Handlungsgeiste vermehrte, wohlthätige Quellen zu nützlichen Unternehmungen zu eröffnen. Allein gar bald drängte sich eine ganz andere Classe von Geldsuchenden hervor, lief derjenigen, für die der Gesetzgeber Sorge getragen hatte, den Rang ab, und führte einen weit größeren Druck des Erwerbsfleißes herbei, als den er vor Abschaffung des Wuchergesetzes zu ertragen hatte. Muthwillige Verschwender schmeichelten sich nicht ohne Grund mit der Hoffnung, daß nach der Hinwegräumung des Strafgesetzes viele Darleiher gegen ein größeres Anbot von Zinsen, als man bisher allgemein und öffentlich zu fordern und zu geben geneigt war, sich bereit finden würden, ihnen Geld zu borgen. Ihr Gelingen war ein mächtiger Reiz für den Leichtsinn so vieler Anderer, die, auf die Erwartung künftiger Erbschaften, Beförderungen, Verbindungen oder anderer unsicherer Ereignungen gestützt, ihren Hang zu dem immer steigenden Luxus auf eben dem Wege zu befriedigen suchten. Dazu gesellte sich bei der erweiterten Handlungsfreiheit ein Heer von Erwerbs-Speculanten, die, ohne alle Vorkenntnisse, durch eigene Träumereien, durch Irrlehren unerfahrener Schriftsteller, oder durch listige Vorspiegelungen getäuscht, aus der Realisirung neuer Erfindungen, Anlegung von Fabriken oder Errichtung neuer Gewerbe einen Gewinn zu ziehen wähnten, für den sie sich, ohne eigenen Vorschuß, sehr leicht zum Anbot ungewöhnlicher Zinsen bequemen könnten. Schon die große Menge der Entlehner, mit der wenigstens anfänglich die Zahl der Darleiher in keinem Verhältnisse stand, mußte den Zinsenfuß erhöhen, noch mehr aber die Eigenschaft der erwähnten Entlehner. Sie hatten keinen gegründeten, persönlichen Credit und konnten zum Unterpfand nichts als unsichere Erwartungen anbieten, selbst die noch so hoch gespannten Zinsen waren dem Gläubiger keine Quelle zur Entschädigung. Denn gar bald unterlag der Schuldner dem Drucke derselben; und suchte der Gläubiger die gerichtliche Hilfe an, so durften ihm nach dem

muß, schützen zu wollen, und ganz frei von Leichtsinn kann man ja auch denjenigen nicht sprechen, der ungeachtet seiner Unerfahrenheit oder Verstandesschwäche Rechtsgeschäfte abschließt, ohne sich eines verläßlichen Rathgebers zu versichern. Allein den Nothleidenden gegen eine maßlose und grausame Ausbeutung zu schützen, welche schönere Aufgabe könnte der Gesetzgebung gestellt sein! Freilich, wenn ihr dies mißlänge, wenn sie unter Umständen sogar wider Willen dazu beitrüge, die Lage des dürftigen Geldsuchenden zu verschlimmern: dann wäre es wohl besser, der sittlichen Entrüstung über das Treiben des Wuchers Schweigen aufzuerlegen, und die Ausgleichung der öffentlichen Stimme und der Stimme des Gewissens zu überlassen, wie ihnen so viele andere Formen der Unsittlichkeit überlassen bleiben müssen, weil sie die Strafgewalt des Staates überhaupt nicht oder nur mit unkluger Ueberschreitung ihres natürlichen Wirkungskreises erreichen kann.

Man muß sich nur fragen, was man durch ein Strafgesetz wie unser §. 3 zu erreichen hoffen kann. Da, wo es sich um Ausbeutung

---

Gesetze doch nicht mehr als die gesetzlichen Zinsen von höchstens fünf vom hundert zuerkannt werden. Dem Darleiher blieb also kaum ein anderes Mittel übrig, als sich durch Abzüge von dem Capital, oder vorhinein zu entrichtende Zinsen, oder durch Auflegung von mannigfaltigen, sehr drückenden Nebenverbindlichkeiten, einigermaßen sicher zu stellen, oder für den unsicheren Schuldschein eine ebenso unsichere Valuta hinzugeben. Die Concurrenz um den Besitz einer Sache macht nicht nur die Eigenthümer in ihren Forderungen immer kühner, sondern sie bewegt (wie jetzt vorzüglich das Beispiel der Miethe lehrt) selbst die Bewerber, durch freiwillige hohe Anbote, die der Eigenthümer kaum gewagt haben würde, sich den Vorsprung abzugewinnen. Bei dem Gelddarleihen stiegen sie in kurzer Zeit so hoch, daß der rechtliche und vorsichtige Mann, der das Capital zu Fonds überdachter Unternehmungen zu benützen, und diesen mit dem Capital redlich zu bezahlen Willen war, die Concurrenz fortzusetzen nicht vermochte. Zwar blieben billige und gute Capitalienbesitzer ihren Grundsätzen getreu, sich mit mäßigen, aber fortdauernden Zinsen zu begnügen. Doch selbst aus diesen wurden theils durch das freiwillige Anerbieten vieler Entlehner, theils durch das mächtig um sich greifende Beispiel, das so oft zur Beruhigung des Gewissens oder doch zur Rechtfertigung des Betragens dienen muß, Viele verleitet, ihre Forderungen höher als bisher zu spannen; Andere sagten ihre vorräthigen Capitalien sicheren Anleihern zu, von denen sie zu Wuchergeschäften mißbraucht wurden; noch Andere zogen sich, um nicht durch die bloße Benennung eines Darleihers oder Geldnegotianten die mit dem Worte Wucherer gleichbedeutend wurde, mit den Wucherern in eine Classe geworfen zu werden, von den Darlehensgeschäften ganz zurück und legten ihre Capitalien in die öffentlichen Fonds ein. So behaupteten fast einzig schamlose Wucherer das Feld, die nicht in der Herabsetzung der Zinsen, sondern in den listigsten Kunstgriffen, sie zu erhöhen, wetteiferten, und die zwar leichtsinnigen und muthwilligen Verschwendern oder kurzsichtigen Speculanten, oder dem Sturze nahen Entlehnern eine zeitliche, aber den Fall um so sicherer herbeiführende Hilfe anboten; dagegen den redlichen, bedächtlichen und nützlichen Unternehmern, zu deren Behuf die Aufhebung des Wuchergesetzes beschlossen ward, die Unterstutzung gegen mäßige mit der Benutzung des Capitals im Verhältnisse stehende Zinsen gänzlich versagten."

des Leichtsinns handelt, ist es genügend, wenn der zum Wucher Geneigte sich abhalten läßt, auf das Geschäft überhaupt einzugehen. Es entspricht ganz den Intentionen des Gesetzes, daß solche Leute kein Geld erhalten, und wer durch Furcht vor Strafe sich abhalten läßt, ihnen hohe Zinsen abzunehmen, läßt sich durch sein eigenes Interesse abhalten, um niedrige sein Geld ihnen anzuvertrauen. — Es kann aber nicht in der Absicht des Gesetzes sein, das gleiche Resultat gegenüber dem in einer Nothlage Befindlichen herbeizuführen; und doch bedient es sich des gleichen Mittels. Das Strafgesetz wird nie Jemanden wohlthätig, human, billig machen, der es nicht auch sonst wäre; es vermag nur die schlimmen Instincte niederzuhalten, nicht die edlen Regungen der Menschennatur zu wecken und zu kräftigen. Wenn nun der Nothleidende bei einem hartherzigen, eigennützigen Manne Geld sucht, so kann es sein, daß diesen die Furcht vor Strafe abhält, dem Armen das Geld zu harten Bedingungen zu gewähren; allein sie kann, sie wird ihn nicht abhalten, ihm das Darleihen ganz abzuschlagen. Im Jahre 1803 konnte man sich dem Glauben hingeben, daß man durch das Wucherstrafgesetz dem armen Geldbedürftigen zu Hilfe komme; man meinte es ja dem Geldausleiher überhaupt unmöglich gemacht zu haben, höhere als die gesetzlich erlaubten Zinsen zu nehmen; mit diesen also mußte er sich begnügen, wollte er sein Geld nicht unverzinst lassen; er hatte dann keinen Grund, bei gehöriger Sicherheit es irgend Jemand blos deßhalb zu verweigern, weil dieser es dringender als ein anderer benöthige. Das neue Gesetz supponirt aber gerade den Fall, daß Jemand bei zwei Darlehensgeschäften gleich harte Bedingungen stellt und in dem einen Falle straflos bleiben muß, während er im anderen gestraft wird, weil er in *diesem* letzteren Falle den Nothstand des Anleihers mißbraucht hat. Unter dieser Voraussetzung liegt der Gedanke nahe, daß der Geldgeber einen Geldsuchenden gerade darum zurückweist, *weil* er in einer Nothlage sich befindet und weil daher eine Bestrafung wegen Wuchers bei einer Verzinsung zu besorgen ist, die anderswo ohne diese Gefahr zu erlangen ist! A. hat eine disponible Geldsumme und wünscht sie zu placiren; zwei Bekannte, B. und C., bewerben sich darum, Beide gleich sicher. B. steht im Begriffe, einen vortheilhaften Lieferungsvertrag abzuschließen und die Aussicht auf den Gewinn gestattet ihm, hohe Zinsen zu zahlen; C. dagegen hat einen anderen Lieferungsvertrag abgeschlossen, bei dessen Erfüllung er bereits viel Geld verloren, so daß eben

darum die disponiblen Mittel nicht mehr ausreichen, um ihn vollständig auszuführen, und wenn er nicht rasch sich Geld verschafft, droht ihm eine schwere Conventionalstrafe. Schon fühlt A. eine menschliche Regung und er will eben bei gleichen Bedingungen C. den Vorzug geben, da fällt ihm §. 3 des neuen Wuchergesetzes ein, und er gibt das Geld B., welchem gegenüber von einem Mißbrauch der Nothlage keine Rede sein kann. Es ist allerdings richtig, daß er in diesem Falle den Nichtabschluß des Geschäftes mit B. als ein „Opfer" geltend machen könnte, welches bewirkt, daß die C. abgeforderte Verzinsung nicht als im „auffallenden Mißverhältniß stehend," anzusehen ist. Allein, wer bürgt ihm dafür, daß B. nöthigenfalls großmüthig zu seinen Gunsten Zeugniß geben würde? Wer sichert ihn gegen ein etwaiges Schwanken in der Auffassung des Richters? Wird A. nicht mit Recht die absolut Sicherheit vorziehen, die er bei B. findet?

So einfach, wie hier vorausgesetzt wurde, liegen übrigens die Sachen nur selten. Man wird nicht immer in der Lage sein, sich auf ein gleichen Gewinn bringendes Geschäft berufen zu können, das man aufgab. Namentlich wird der in der Nothlage Befindliche mehr zahlen müssen, weil er eben weniger Sicherheit bietet, und die Assecuranzprämie, die sich in einem solchen Falle der Darleiher zahlen läßt, entzieht sich jeder Berechnung. Wer nämlich genügende Sicherheit zu bieten vermag, kann allerdings auch in eine vorübergehende Verlegenheit gerathen; er kann so rasch sich Geld verschaffen müssen, daß er die Bedingungen acceptiren muß, die ihm der Erste, an den er sich wendet, auferlegt. Immerhin muß er, wenn er diese Bedingungen eingeht, seine Rechnung dabei finden, sich dadurch größerem Schaden entziehen, der ihm drohte, und er wird dann leicht Mittel finden, die Last, die er sich auferlegen ließ, wieder abzuwälzen. (Unser Gesetz nimmt selbst nicht an, daß Geschäfte dieser Art auf lange Zeit geschlossen werden; denn es hat nicht nöthig gefunden, wie es andere Gesetze thun — z. B. das badische, das sardinische, das sächsische — dem Schuldner bei hoher Verzinsung die Aufkündigung zu erleichtern.) Man wird daher in Fällen dieser Art schwerlich im Geiste des Gesetzes handeln, wenn man bei noch so harten Bedingungen Wucher annimmt; schließlich gereichte das Geschäft dem Anleiher ja eher noch zum Vortheil als zum „empfindlichen Nachtheil."

Das Gesetz hatte also offenbar eine andere Art der Nothlage vor Augen: dringende unmittelbare Bedürfnisse, Mangel an zu deren Be-

friedigung verfügbarem Gelde und Mangel an jenen Mitteln, durch welche man sich leicht Credit verschafft, welche nämlich eine ganz unbedenkliche Deckung für denselben gewähren. Wenn nun nicht etwa ein solcher Capitalsüberfluß herrscht, daß es gar nicht möglich ist, bessere Anleiher zu finden, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Personen, die sich in einer Nothlage dieser Art befinden, das Geld nur zu lästigeren Bedingungen erhalten als Andere, da sie eine hohe Assecuranzprämie zahlen müssen. Würde das Gesetz sich die Aufgabe stellen, dies zu ändern, so würde es, wo es überhaupt Erfolg hat, nur die Hälfte derselben lösen: es würde erreichen, daß der Nothleidende gar kein Geld findet. Glücklicher- oder unglücklicherweise kann kein Strafgesetz auch nur diesen Erfolg erreichen; es hat nur Einfluß auf Diejenigen, welche sich durch den dem Gesetze schuldigen Gehorsam, durch Furcht vor Strafe und Beschämung noch bestimmen lassen. Auch diese wird es nicht zu Wohlthätern der Nothleidenden machen, aber es wird sie bestimmen, diesen ihre Cassen zu schließen. Immer aber wird noch eine Classe übrig bleiben, die sich durch das Strafgesetz nicht abhalten läßt, und der einzige Einfluß, den dasselbe auf solche Leute übt, besteht darin, daß sie die Geldsucher neben der Assecuranz gegen deren Insolvenz, noch eine zweite gegen mögliche Wucherprocesse zahlen lassen. Und dieser von jeder Rücksicht sich entbindenden Classe von Geschäftsmännern treibt das Gesetz Jene zu, die sonst noch bei der früher erwähnten Mittelclasse zwar harte, aber immerhin noch etwas mildere Bedingungen gefunden hätten, als jetzt. Denn auch der Nothleidende sucht, wenn ihm der Geldmarkt offen, sich billige Bedingungen zu verschaffen, und die härtesten läßt er erst über sich ergehen, wenn ihm kein anderer Ausweg bleibt. „Durch die falschverstandene Gutmüthigkeit des Gesetzes", sagt John Stuart Mill [9]), „geht ihm entweder das Geld verloren, dessen er vielleicht bedarf, um viel schwereren Verlusten zu entgehen, oder er wird zu noch viel verderblicheren Auskunftsmitteln gedrängt, die das Gesetz entweder nicht verbieten konnte, oder zufällig nicht verbietet!

Wir wollen hier nur noch eines Falles gedenken, der dem Gesetz ein so harter scheint, daß es hier noch die Verfolgung von Amtswegen eintreten läßt; wir meinen den sogenannten prêt à petite semaine. Wir

[9]) Principles of political economy, B. V. Ch. X §. 2 (Peoples Edition London 1865 p. 560).

sehen dabei ganz ab davon, daß das Verhältniß zu §. 485 St.-G. nicht geregelt ist, und daß daraus Schwierigkeiten entstehen müssen. Notorisch ist, daß trotz des erwähnten Paragraphes und trotz der bisherigen Wuchergesetze solche Geschäfte in ausgedehntem Maß betrieben werden. Die Bedingungen sind äußerst hart; denn schon die des Leihamtes und der concessionirten Pfandleihanstalten sind nicht eben milde, und natürlich sind jene Geschäfte auf Bedürfnisse beschränkt, die in den öffentlichen Anstalten keine Befriedigung finden. Die bloße Thatsache, daß man zu einem Geschäftsmann dieser Art seine Zuflucht nimmt, ist ein Zeichen der gleichviel ob verschuldeten oder unverschuldeten Noth. Und diese Noth findet hier eine theuer bezahlte Hilfe, aber immer eine solche, die sie nicht entbehren kann. Es ist nun notorisch, daß Geschäftsleute dieser Art einen exorbitanten, aber immerhin einen ziemlich fixen Zinsfuß aufrecht erhalten. Nun stellt das Gesetz als Basis der Beurtheilung den ortsüblichen Zinsfuß hin; es kann darunter gewiß nicht den sogenannten landesüblichen Zinsfuß gemeint haben, den §. 2 fixirt, — es konnte auch nicht einen im Orte üblichen allgemeinen Zinsfuß im Auge haben, weil, wenn ein solcher sich ausmitteln ließe, er, nicht der im §. 2 fixirte landesübliche Zinsfuß in den dort angegebenen Fällen maßgebend zu sein hätte; es konnte also darunter nur verstehen: den Zinsfuß, welcher an einem gegebenen Orte für Geschäfte dieser Art, für Geschäfte dieses wirthschaftlichen Charakters, gehandhabt zu werden pflegt. Dieser Maßstab auf den prêt à petite semaine angewendet, wird ziemlich regelmäßig die Freisprechung der erwähnten Classe von Geschäftsmännern herbeiführen. Und wir beklagen dies nicht; denn so lange Geschäftsmänner dieser Art Kunden finden, so lange gibt es Menschen, für welche die Einstellung ihrer Geschäftsthätigkeit eine Quelle einer noch bitteren Noth werden muß, als jene ist, welche sie zu Kunden des Wucherers macht [10]). — Wenn aber diese ärgste Classe der Wucherer Aussicht

[10]) En droit l'usure n'est pas un délit. Mais si l'usure n'est pas contraire aux principes du droit et ne peut pas être l'objet d'une repression pénale, elle est contraire aux principes de l'humanité, aux principes de l'honneur, et c'est avec raison qu'elle est flétrie par l'opinion publique. — Mais par quelle mesure la prévenir, puisque la loi est impuissante? Par des institutions de bienfaisance et de charité, par une sorte de banque du peuple plus humaine que le mont-de piété et moins exigeante en fait de garantie que la Banque de France; par un credit mobilier d'une organisation particulière, qui n'accepte que le nantissement du pauvre et qui se soutienne en grande partie par l'humanité des riches. Prêter au pauvre est plus méritoire que lui donner. . . Franck Philosophie du droit pénal (Paris 1864) p. 185, 186.

hat, dem Gesetz zu entgehen: wen wird es sicher erreichen? Und umgekehrt, wer ist sicher vor dem neuen Strafgesetz, wenn es auf diese Frage nicht eine bestimmte Antwort gibt?

Wer ist sicher? Der empfindliche Nachtheil des Schuldners ist, wie wir gesehen, kein sicher berechenbares Moment; die Nothlage selbst ist etwas Relatives, eben durch das momentane Geldbedürfniß und die Folgen seiner Nichtbefriedigung Bedingtes; sie sowohl als der Leichtsinn lassen sich oft vom historischen Standpunkt, am Endpunkt eine Kette von Ereignissen ganz anders beurtheilen, als a priori; wir erleben es bei den Processen über culpose Criba nur zu oft, daß der Ausgang auch für solche Fragen den Ausschlag gibt. Niemand kann also mit Sicherheit vorhersehen, wie der Richter über die anderen Momente des Thatbestandes urtheilt, sobald er einmal die Ansicht gewinnt, daß der Vortheil des Geldgebers ein unbillig großer gewesen.

Die Abschaffung der Zinstaxe, dieß zeigt sich immer deutlicher, ist unvereinbar mit dem Fortbestand eines Wucherstrafgesetzes, daher die eigenthümliche Lage, in welche die Gesetzgebung gegenüber den bisherigen Exemtionen vom Wuchergesetz kam. Das Patent vom Jahre 1803 nahm die eigentlichen Handelsgeschäfte von der Herrschaft der Wuchergesetze aus. Später wurden Exemtionen von den bisherigen Verboten zumal hinsichtlich der Höhe des Zinsfußes (S. z. B. Erlaß des Finanzministeriums vom 21. October 1855 R. G. Bl. Nr. 185, Z. 1) ertheilt. Exemtion von der Zinstaxe war bisher Exemtion vom Wucherstrafgesetze. Jetzt ist jene Exemption allgemeine Regel geworden, diese ist für Niemand ausgesprochen, kann auch Niemand ertheilt werden; denn welche Gesetzgebung würde irgend Jemand ein Privilegium ertheilen, „die Nothlage u. s. w. des Anleihers zu dessen empfindlichem Nachtheil zu mißbrauchen?“

Wir glauben bewiesen zu haben, daß die Gesetzgebung sich eine Aufgabe stellte, die sich nicht lösen läßt. Es war unvermeidlich, daß dies sie in neue technische Schwierigkeiten verwickelte. Wir haben noch die Aufgabe, die Hauptmomente kurz hervorzuheben:

1. Schon die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Mitschuld auf den bisherigen Wucherbegriff führte zu Consequenzen eigenthümlicher Art. Wir verweisen nur auf einen in Nr. 117, Jahrgang

1859 der Allg. österr. G. Z. mitgetheilten Rechtsfall, wo der Vermittler eines Wuchergeschäftes, welcher bei den Verhandlungen zwischen Geldgeber und Geldnehmer „sein Erstaunen und Bedenken über die hohen Ansprüche" des ersteren, der sich für 60 fl. 70 fl. verschreiben ließ, laut aussprach, als Mitschuldiger verurtheilt wurde, und auf unsere dort gegebene Auseinandersetzung. An diesem Stand der Dinge ist nichts geändert; die Unbestimmtheit des Hauptbegriffes wirkt vielmehr auch auf den der Mitschuld.

2. §. 4 des neuen Gesetzes nöthigt das Gericht, eine höchst eigenthümliche Operation vorzunehmen. Es muß nämlich durch subjectives Ermessen den Betrag feststellen, welcher die Grundlage bei der Bemessung der Strafe bilden, also in Verbindung mit dem anderen Factor (ein- bis fünffacher Betrag) dem richterlichen Ermessen eine Grenze setzen soll. Zu diesem Zwecke und zu dem des Ausspruches über die privatrechtlichen Ansprüche wird der Richter, der sich nach §. 3 nur zu fragen hatte, ob der Vortheil des Angeklagten zum ortsüblichen Zinsfuß u. s. w. in auffallendem Mißverhältniß stehe, einen bestimmten Betrag als denjenigen des strafbaren Uebermaßes erklären müssen.

Nun ist ein auffallendes Mißverhältniß ein solches, das gar keiner numerischen Festsetzung bedarf; es wird absichtlich von der Ziehung einer bestimmten Grenzlinie abgesehen, und gerade darin, daß man trotzdem sicher gehen kann, liegt das Charakteristische des Falles. Das Uebermaß der Zinsen soll also nur strafbar sein, wenn dieses auffallende Mißverhältniß vorhanden ist. Der Richter wird sich aber doch nicht darauf beschränken können, zu sagen, es sei das, was gegeben wurde, jedenfalls zu viel gewesen, sondern er wird bestimmen müssen, bei welcher Höhe des Betrages das Zuviel beginne, und damit ist dem „auffallend" seine einschränkende Bedeutung genommen. — Ganz abgesehen davon wird es nun Sache des Richters sein, nachträglich das ganze Geschäft einer Beurtheilung zu unterziehen, und nach seinem Ermessen ex aequo et bono den Betrag anzugeben, welchen der Gläubiger mit Unrecht bezogen hat. Bei dieser Beurtheilung fehlt es an jedem gesetzlichen Anhaltspunkt, den ortsüblichen Zinsfuß ausgenommen, von dem wir bereits gesprochen. Woher aber, muß man fragen, soll dem Richter die nöthige Kenntniß der Geschäftsverhältnisse kommen, woher soll sie namentlich in größeren Städten, wo die Strafrichter an der Civilrechtspflege nicht betheiligt sind, ihm kommen? Soll

er Sachverständige rufen? Wer wäre dazu berufen, als etwa Geschäftsleute, die ihn, um ihn über die Verhältnisse aufzuklären, einen tiefen Blick in ihre eigenen Geschäfte thun lassen müßten? — Ist namentlich der Angeklagte im Strafproceß bei uns in der Lage, Fragen dieser Art mit der nöthigen Gemüthsruhe zu discutiren und dem Richter zur Aufklärung seinen Beitrag zu liefern?

An nichts vermag man übrigens so sehr zu erkennen, wie nachgerade auf dem Gebiete des Strafrechts eine wahre Omnipotenz des Richters sich geltend macht, als an der immer weiter gehenden Tendenz der Gesetzgebung, Fragen, die eigentlich civilrechtlicher Natur sind, die man aber auf dem Gebiet des Civilrechtes nicht recht bewältigen kann, weil sie allzu fein sind, oder sich schwer unter das bestehende System der Rechte bringen lassen, und weil auf diesem Gebiete Gesetzgebung und Gericht mit dem Durchhauen der Knoten noch nicht so leicht bei der Hand sind, auf das Gebiet des Strafrechtes zu verweisen. Was man in dieser Hinsicht, z. B. in Bezug auf die Frage des Autorrechtes, gesündigt, ist kaum zu sagen. Den gleichen Fehler begeht man nun mit einem Wuchergesetz. Weil die Civilgesetzgebung sich außer Stande erklärt, eine Zinstaxe aufrecht zu erhalten, soll der Strafrichter dieselbe rückwirkend von Fall zu Fall sich und den Parteien machen, auf Grund eines Verfahrens, welches weit davon entfernt ist, zwei Parteien mit gleichen Waffen ihren Streit austragen zu lassen. Dabei müssen wir nun aber sofort

3. hervorheben, daß §. 7 in Ansehung der privatrechtlichen Folgen des Wuchers entweder eine arge Bresche in das System der Strafproceßordnung schießt, oder sehr undeutlich gefaßt sei. Er schreibt nämlich in dieser Hinsicht kategorisch vor: „Es sei nach §. 361 der St. P. O. vorzugehen." — Nun erwähnt dieser Paragraph ohnehin speciell des Vorganges bei dem Vergehen des Wuchers, und es kann die Anführung dieses Paragraphes vielleicht nur darin ihren Grund haben, daß es sonst hätte bezweifelt werden können, ob diese Bestimmung auch auf das neu-creirte Vergehen des Wuchers Anwendung finde. Ist dem so, dann ist für die privatrechtlichen Folgen des Wuchers nichts Neues vorgeschrieben, und es wird daher der Strafrichter auch in Wucherfällen, wenn er findet, daß sich über die privatrechtlichen Ansprüche nicht mit Zuversicht urtheilen lasse, die Parteien auf den Civilrechtsweg verweisen (§. 362 St. P. O.). Freilich aber wird man dann fragen

müssen, nach welcher Norm der Civilrichter entscheiden solle? — Man muß daher die Auslegung wenigstens als möglich ansehen, daß Abs. 2 des §. 7 dem Strafrichter zur Pflicht mache, jederzeit selbst über die privatrechtlichen Ansprüche zu entscheiden, d. h. also von den Voraussetzungen, die im §. 361 St. P. O. gemacht sind, abzusehen.

4. Außerordentlich harte Straffolgen sind im §. 6 von Wiederholung und Rückfall abhängig gemacht. Wer wird läugnen, daß dies wichtige Momente für die Bestimmung der Strafwürdigkeit seien? Allein mit der ausgleichenden Gerechtigkeit verträgt es sich schwer, derartige Folgen bei solchen Delicten eintreten zu lassen, welche nur auf Verlangen eines Privaten gestraft werden können. Schon beim Nachdruck läßt sich dies schwerlich rechtfertigen; indeß konnte die Gesetzgebung hier darauf rechnen, daß jeder irgend erhebliche Fall das Einschreiten des Betheiligten nach sich ziehen werde. Anders beim Wucher, wo man sicher sein kann, daß nur der geringere und zumeist der des Schutzes minder würdige Theil der Beschädigten die Anklage erheben werde. Hier wird es nun hart sein, wenn A. die Rückfallsstrafe tragen muß, B. aber mit einer viel gelinderen Strafe davonkömmt, weil sich zufällig gegen ihn noch kein Ankläger fand, obgleich es gerichtsbekannt ist, daß er der ärgere Wucherer unter den Beiden sei.

5. Andere Verwickelungen ergeben sich aus der Bestimmung über die Verjährung des Wuchers. §. 8 lit. b macht von den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzes nur die eine Ausnahme, daß die Verjährungszeit auf ein volles Jahr festgesetzt wird. Der Anfangspunkt der Verjährungsfrist, welcher im §. 38 lit. b W. P. von 1803 genau bezeichnet war, wird wohl auch künftig so berechnet werden müssen, daß die Frist erst von dem letzten Acte der Beziehung eines wucherlichen Vortheiles laufen kann. Allein da auch auf Wucherfälle §. 531 St. G. Anwendung findet, so treten folgende wesentliche Verschlimmerungen der Lage des Angeklagten ein:

a) Nach dem Gesetze von 1803 ward die Verjährung nur durch neue Wucheracte unterbrochen. Das fällt weg, weil die späteren Wucheracte nicht berücksichtigt werden können, wenn sich kein Ankläger findet. Dagegen aber wird die Verjährung durch jedes Vergehen, ja durch jede Uebertretung des Wucherers unterbrochen.

b) Darauf braucht nun freilich nicht viel Gewicht gelegt zu werden, weil die Verjährung als selbstständiger Strafaufhebungsgrund

wohl kaum überhaupt praktisch sein dürfte. Man wird nämlich nach §. 531 lit. a und b verlangen müssen, daß der Wucherer von der That keinen Nutzen mehr in Händen habe, und daß er Erstattung geleistet habe, eine Bedingung, mit welcher es die Praxis so genau nimmt, daß man an ihr auch bei der culposen Criba festhält und nicht einmal gestattet, daß der Text des §. 532 St. G. durch den im §. 228 lit. b enthaltenen Beisatz: „nach seinen Kräften" beschränkt werde. Ist aber dieser volle Ersatz geleistet, dann kommt es nach §. 8 lit. b auf die Verjährung nicht mehr an, weil sofort die Strafbarkeit aufhört. — Man kann sich freilich noch immer einen Fall denken, wo trotzdem der Angeklagte sich auf Verjährung berufen muß: wenn nämlich die Erstattung erst zu einer Zeit geleistet wurde, wo eine Behörde von dem Wucher bereits Kenntniß hatte, und wenn trotzdem innerhalb eines Jahres der Beschuldigte nicht in Untersuchung gezogen wurde. Dies wird, wenn man nicht grobe Saumsal der Behörden annehmen will, wohl nur in dem Falle eintreten können, wo denselben zwar eine Anzeige, aber nicht die erforderliche Privatanklage vorlag. Wenn in einem solchen Falle die Ersatzleistung der Privatanklage vorausgeht, wird es fast nie ohne eine Art von Zustimmung des Beschädigten stattfinden können. Erhebt nun dieser nachträglich dennoch die Anklage, so eröffnet dies uns eine neue Perspective: ein Privatankläger, der keinen Ersatzanspruch mehr zu stellen hat, der sich nur über die Folgen eines Vertrages beschweren kann, den er wissend und wollend abschloß, und der zu einer reinen actio vindictam spirans zugelassen wird. — Immerhin mag es noch ein Glück sein, daß er sich dieses Vergnügen nicht länger als ein Jahr hindurch vorbehalten kann, und eben darum wird auch hier nicht sowohl die Verjährung, als die Erlöschung des Klagerechtes den Beschuldigten gegen Strafe schützen.

6. Damit sind wir dahin gelangt, der ganz eigenthümlichen Stellung zu gedenken, welche das Gesetz dem Bewucherten bereitet. Andere Privatkläger sind an eine Frist von sechs Wochen gebunden, und diese Frist läuft von dem Zeitpunkte, wo ihnen die strafbare Handlung bekannt wurde. Das neue Gesetz räumt den Bewucherten ein volles Jahr ein, und berechnet dieses Jahr von dem Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses oder auch von demjenigen, wo zuletzt ein wucherischer Vortheil gezogen wurde. Immerhin ist freilich ein Fall denkbar, wo nach §. 530 St. G. das Klagerecht noch später erloschen wäre, der Fall nämlich, wo

die Erben oder später erst eingesetzten Curatoren erst nach Ablauf von mehr als einem Jahre Kenntniß von der Existenz des wucherlichen Geschäftes erhalten. Im Allgemeinen aber liegt in der fraglichen Bestimmung gewiß eine Erweiterung der Frist zu Gunsten des Bewucherten: er kann durch ein Jahr und länger sich des ihm geliehenen Geldes bedienen, und zu der ihm gelegenen Zeit sich von den übernommenen Gegenleistungen entbinden lassen.

Bisher konnte man bei Erörterung der Frage, wie weit nach österreichischem Strafrecht der Satz: Volenti non fit injuria gelte, es als etwas ziemlich Feststehendes ansehen, daß in allen Fällen, wo die strafgerichtliche Verfolgung von dem Verlangen eines Betheiligten abhängt, und wo dieser Betheiligte auch der eigentlich Beschädigte ist, die vorausgehende Einwilligung desselben die Strafbarkeit ausschließe. Man mußte es, da es der Strafgerichte unwürdig wäre, sich durch die Klage desjenigen in Bewegung setzen zu lassen, der vor der That, über die er Klage führt, zu derselben seine Einwilligung gegeben. Was würde man zu einer unter solchen Umständen angebrachten Ehrenbeleidigungs- oder Nachdrucksklage sagen?

Nun befindet sich der Bewucherte in derselben Lage. Er hat den Abschluß des wucherlichen Geschäftes mit herbeigeführt; wäre er nicht der Beschädigte, er würde sicher als Miturheber oder Mitschuldiger dafür verantwortlich. Mag sein, daß er das Geschäft lieber nicht abgeschlossen hätte, mag sein, daß er zwischen den Zähnen murmelt: My poverty, but not my will consents, in juristischer Hinsicht ist seine Einwilligung als eine freie, ja als eine rechtsverbindliche anzusehen. Und nun steht ihm doch das Recht der Privatanklage zu!

Es ist ferner schon darauf aufmerksam gemacht worden, daß nach §. 530 St. G., welchen das neue Gesetz ausdrücklich citirt, nur die Fristbestimmung an demselben ändernd, das Klagerecht erlischt: 1. durch ausdrückliche Verzeihung der dem Betheiligten bekannt gewordenen strafbaren Handlung; 2. durch Versäumung der Frist (stillschweigende Verzeihung); 3. durch Widerrufen des Ansuchens um Bestrafung vor der Kundmachung des Urtheils. Nun steht es außer Zweifel, daß die unter 2. und 3. bezeichneten Erlöschungsgründe auch für den Wucher fortbestehen. Auch der unter 1. bezeichnete hat den Wortlaut des in dieser Beziehung nicht geänderten §. 530 St. G. für sich. Nur ist klar, daß der Gesetzgeber, wenn seine Absicht gewesen wäre, ihn so wie er

im §. 530 St. G. geschrieben steht, gelten zu lassen, sich die ganze auf die §§. 3 ff. des neuen Gesetzes verwendete Mühe ersparen konnte, da sie bis auf die Bestimmung über die von Amtswegen zu verfolgenden Wucherfälle todte Buchstaben bleiben müßten. Sind wir darum berechtigt, ihn als beseitigt anzusehen? Ja wäre damit auch nur etwas gewonnen? Könnte nicht auch dadurch das Wuchergesetz illusorisch gemacht werden, daß der Wucherer den Beschädigten gleich nach Abschluß des Geschäftes zur Erhebung und Zurücknahme der Klage veranlaßte?

Hier ist ein Ausweg nur in der Weise zu finden, daß man sich klar macht, wie weit das neue Gesetz von dem im §. 530 St. G. Vorgeschriebenen nach seinem deutlichen Wort abweichen *wollte*, und wie weit es davon abweichen *wollen mußte*, wenn man es nicht als auf einen unlösbaren Widerspruch ausgehend sich denken soll.

Der Zustimmung des Bewucherten zu dem Geschäfte oder irgend einer anderen Erklärung, welche derselbe *beim* Abschluß des Wuchergeschäftes abgibt, *kann* das Gesetz die Bedeutung eines wirksamen Verzichtes auf die Strafverfolgung nicht haben beilegen wollen; denn einerseits würde dadurch, wie gesagt, die ganze Anordnung illusorisch, andererseits beruht das Gesetz ja auf der Grundvoraussetzung, daß der Bewucherte beim Abschluß des Geschäftes, wenn auch nicht eigentlich unfrei, so doch in ungebührlicher Weise beeinflußt sei. — Es erwächst also aus dem Abschluß des wucherlichen Geschäftes dem Anleiher das Recht, Klage zu erheben, und dieses Recht kann, einmal ins Leben getreten, durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht (letzteres nämlich durch Unterlassung der Klage binnen Jahresfrist) verloren gehen. Allein durch jeden neuen Act des Bezuges wucherlicher Vortheile erneuert der Wucherer sein Vergehen und eben dadurch auch das erloschene oder dem Erlöschen sich nähernde Klagerecht des Bewucherten.

Diese Erneuerung tritt unzweifelhaft ein, wenn der Bewucherte sich darauf beschränkt hat, binnen Jahresfrist nicht Klage anzustellen. Allein da sie auf nichts anderem beruhen kann, als auf dem Gedanken, daß die Perception neuer Vortheile das Delict und damit auch die daraus erwachsende Klage neu aufleben mache, muß man annehmen, daß ein ausdrücklicher Verzicht, sei es ein der Klage vorhergehender, sei es ein in der Form des Rücktrittes von der bereits erhobenen Klage ausgesprochener, nur so lange von Bedeutung sei, als nicht durch Erneuerung des Wuchers auch die Strafklage erneuert ist.

Damit gelangt man also zu folgenden Resultaten:

a) Ein dem Abschluß des Wuchergeschäftes vorhergehender oder denselben begleitender Verzicht auf die Strafverfolgung ist unwirksam.

b) Hat der Bewucherte nach Abschluß des Geschäftes ausdrücklich auf die Klage verzichtet, — hat er sie angestellt, ist aber von derselben zurückgetreten, — oder hat er sie stillschweigend ein Jahr nach Abschluß des wucherlichen Geschäftes ruhen lassen: so kann eine Verfolgung wegen Wuchers erst dann eintreten, wenn das Vergehen durch eine Handlung des Beschuldigten, welche sich als Bezug eines wucherlichen Vortheils darstellt, erneuert wurde.

c) Das erneuerte Klagerecht umfaßt den Wucher in seiner Totalität, nicht blos den letzten Theilact. Es erlischt seinerseits, wenn nach der die Erneuerung begründenden Handlung ein ausdrücklicher oder durch einjähriges Schweigen begründeter Verzicht auf die Klage eintrat.

Immerhin werden dabei manche eigenthümliche Erscheinungen auftauchen. Wenn seit dem Abschlusse des Geschäftes und der letzten Zinsenzahlung (der Kürze halber sprechen wir blos von dieser Form des Bezuges von Vortheilen) mehr als ein Jahr verflossen ist, und der Bewucherte um Zahlung, sei es der Zinsen, sei es des Capitals, angegangen, deßhalb sogar beklagt wird: kann sich der Bewucherte der Zahlungspflicht nicht etwa durch eine Strafklage, wie bisher durch eine Anzeige, entziehen; noch weniger kann der Civilrichter in einem solchen Falle seine Entscheidung aufschieben, bis die des Strafrichters erfolgt ist. Der Civilrichter muß vielmehr den Beklagten verurtheilen und Execution gegen ihn gewähren. Erst wenn dann die Zahlung erfolgt ist, und somit vom Kläger ein wucherlicher Vortheil bezogen wurde, erwächst dem Bewucherten das Recht, den Strafrichter anzugehen. Es gilt also für ihn der Satz: Solve et repete, — ein Satz, welcher auf die Statistik der Wucherprocesse sehr vortheilhaft einwirken wird; denn bisher war es fast immer die Unfähigkeit zu zahlen, und der Wunsch, einer drohenden Execution Einhalt zu thun, was den Bewucherten zur Strafanzeige veranlaßte.

Eben darum ist zu besorgen, daß in Folge des neuen Gesetzes jene Form des Wuchers, die man Wucher im Capital zu nennen pflegte, häufiger als bisher auftreten werde. In der ersten Zeit und so lange der Bewucherte nicht einmal um Zahlung von Zinsen angegangen ist, wird er sich in der Regel ruhig verhalten. Läßt sich nun der Bewucherte

statt der Zinsen ein vergrößertes Capital verschreiben, welches erst nach mehr als Jahresfrist fällig wird, und cedirt er diese Forderung (wirklich und nicht etwa blos zum Schein) an einen am bisherigen Geschäfte nicht Betheiligten, so wird die Einforderung des Capitals nicht von ihm vorgenommen, erscheint also nicht als ein sein Vergehen erneuernder Bezug wucherlicher Vortheile, und es kann daher gegen ihn die bereits erloschene Wucherklage nicht wieder aufleben, während sie gegen den Cessionar vorausgesetztermaßen nicht angestellt werden kann.

Auch dies aber bestätigt neuerdings, daß man dem durch ein Darleihensgeschäft ungebührlich Benachtheiligten noch am ehesten dann eine Erleichterung hätte verschaffen können, wenn man den Civilrichter ermächtigt hätte, in Fällen ganz auffallender Verkürzung den Anspruch des Gläubigers in ähnlicher Weise, wie nach §. 1336 a. b. G. B. bei der Conventionalstrafe (außer dem Fall eines Darleihens) vorgeschrieben ist, zu mäßigen [11]).

---

[11]) Es folgt hier der Text der im Vorstehenden besprochenen legislativen Arbeit:

Gesetz vom 14. December 1866,

womit vom 1. Januar 1867 an die gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufgehoben und die Gesetze über Bestrafung des Wuchers geändert werden. (Giltig für das ganze Reich, mit Ausnahme von Ungarn, Kroatien, Slavonien, Siebenbürgen und der Militärgrenze.)

Mit Beziehung auf Mein Patent vom 20. September 1865 und nach Anhörung Meines Ministerrathes finde Ich zu verordnen:

§. 1. Die gesetzlichen Beschränkungen in Betreff des Maßes der bei Gelddarlehen bedungenen Zinsen und sonstigen Leistungen, sowie das Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen, werden außer Wirksamkeit gesetzt.

Die übrigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes in Betreff des Darlehensvertrages bleiben unberührt.

§. 2. Werden Zinsen ohne Bestimmung ihres Maßes bedungen, oder gebühren Zinsen aus dem Gesetze, so sind sechs vom Hundert auf Ein Jahr zu verstehen, es mag ein Pfand genommen worden sein oder nicht.

Diese Bestimmung kann im Verhältnisse zu bereits erworbenen dinglichen Rechten dritter Personen, dann in bereits anhängigen Concurs- und Ausgleichsverhandlungen nicht geltend gemacht werden.

§. 3. Strafbar wegen Wuchers ist, wer die Nothlage, den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder die Verstandesschwäche des Anleihers zu dessen empfindlichem Nachtheile mißbraucht, um für sich oder Andere, unter was immer für einer Form, einen Vortheil zu bedingen, welcher zu dem am Orte üblichen Zinsenmaße und zu den mit seiner Leistung etwa verbundenen Auslagen, Verlusten oder sonstigen Opfern in auffallendem Mißverhältnisse steht.

§. 4. Des Wuchers mitschuldig machen sich auch diejenigen, welche als Namensträger, Cedenten oder Cessionäre, Giranten oder Giratare, Verkäufer oder Käufer oder sonst als Contrahenten bei einer dabei unterlaufenen Scheinhandlung oder als Unterhändler wissentlich zu einem Wucher beigetragen haben.

§. 5. Der Wucher wird als Vergehen mit dem Ein- bis Fünffachen desjenigen

Betrages bestraft, welchen das Gericht als das strafbare Uebermaß der bedungenen Vortheile oder ihres Werthes erklärt.

Unterhändler unterliegen einer Geldstrafe bis zum Zehnfachen des empfangenen oder bedungenen Mäklerlohnes; Mitschuldige, welche dabei für sich selbst keinen Vortheil erlangt oder bedungen haben, unterliegen einer Geldstrafe, welche die Hälfte des über den Hauptschuldigen verhängten Strafbetrages nicht zu überschreiten hat.

§. 6. Wurde der Schuldige schon einmal wegen Wuchers bestraft, so kann gegen ihn nebst der im §. 5 bestimmten Strafe auch Arreststrafe von Einem bis zu sechs Monaten verhängt werden; bei öfterer Wiederholung oder bei besonders erschwerenden Umständen aber kann der Arrest in der Dauer bis zu zwei Jahren verhängt und nach §. 253 des allgemeinen Strafgesetzbuches verschärft und auch auf Abschaffung nach §. 249 des allgemeinen Strafgesetzbuches erkannt werden.

§. 7. Ein strafbarer Wucher ist nach den Vorschriften der Strafproceß-Ordnung, und zwar in der Regel auf Verlangen des Bewucherten, und nur dann von amtswegen zu behandeln, wenn der Wucher gewerbsmäßig und zugleich in der Art betrieben wird, daß Beträge bis höchstens hundert Gulden mit oder ohne Pfand nur auf Tage, Wochen oder höchstens drei Monate dargeliehen werden.

In Ansehung der privatrechtlichen Folgen eines strafbaren Wuchers ist nach §. 361 der Strafproceß-Ordnung vorzugehen.

§. 8. Insoweit dieses Gesetz nicht etwas Anderes anordnet, sind bei Beurtheilung des Wuchers und bei Bemessung der Strafe die Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzes, jedoch mit der Abweichung anzuwenden, daß:

a) als Verjährungszeit des Wuchers (§. 532) ein volles Jahr festgesetzt wird; daß
b) der Wucher auch dann aufhört, strafbar zu sein, wenn vollständige Erstattung der bezogenen wucherischen Vortheile und Verzicht auf weiteren Bezug solcher Vortheile erfolgt ist, bevor eine Behörde Kenntniß von der Bewucherung erhalten hat, und daß
c) die zur Anbringung der Anklage im §. 530 den Bewucherten auf sechs Wochen bestimmte Frist auf ein volles Jahr von dem Zeitpunkte an erweitert ist, in welchem das strafbare Geschäft geschlossen oder zuletzt ein wucherischer Vortheil bezogen wurde.

§. 9. Die derzeit in Wirksamkeit stehenden Wuchergesetze werden außer Kraft gesetzt.

§. 10. Dieses Gesetz tritt mit 1. Jänner 1867 in Wirksamkeit.

Früher begangene wucherische Handlungen sind nur dann strafrechtlich zu verfolgen, wenn sie auch nach diesem Gesetze als Wucher strafbar sind, und ist auf dieselben — die Untersuchung mag schon eingeleitet sein oder nicht — dieses Gesetz insoferne anzuwenden, als nach demselben keine strengere Behandlung als nach dem früher bestandenen Gesetze verfügt ist.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes wird der Justizminister beauftragt.

Schönbrunn, am 14. December 1866.

Franz Joseph m. p.

Graf Belcredi m. p., Freiherr v. Beust m. p., Graf Larisch-Mönnich m. p., Ritter v. Komers m. p., Freiherr v. Wüllersdorff m. p., FML. Freiherr v. John m. p.

Auf Allerhöchste Anordnung:
Bernhard Ritter v. Meyer m. p.

XI.

Ueber die Vernehmung

des

Angeklagten und der Zeugen

in der Hauptverhandlung.

Ueber die Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen in der Hauptverhandlung.

(Archiv für Criminalrecht 1851, S. 70 ff.)

Der so lange mit immer steigender Heftigkeit geführte Streit zwischen den Verfechtern des Inquisitionsprincips, des heimlichen und schriftlichen Strafverfahrens und denen der Anklageschaft, der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit hat mit dem Siege der letzteren geendet. Nicht blos in der Gesetzgebung und in der Gerichtspraxis der meisten deutschen Länder sind die neuen Formen des Strafprocesses in's Leben getreten; auch in der Theorie sind sie zu unbestrittener Geltung gelangt, und die Argumente derer, welchen Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit Gespenster — gleichviel ob drohende, ob skeptisch weggeläugnete — gewesen, sind verstummt, seitdem diese Phantome Fleisch und Blut gewonnen. — Wären somit die wichtigen Fragen, deren Lösung schon so lange alle Kräfte der deutschen Jurisprudenz fast ausschließlich in Anspruch nahm, als beseitigt zu betrachten? Kann die Wissenschaft ihr Werk als abgeschlossen ansehen, und unbesorgt das Weitere der Praxis überlassen? Gewiß nicht! Vielmehr ist jetzt gerade die Zeit gekommen, wo nach erfochtenem Sieg über den Inquisitionsproceß im Lager der Sieger die Meinungen sich trennen, wo die Tragweite der Worte, welche bisher die Kampfgenossen vereinigt, erörtert wird; es ist die Zeit derer gekommen, die gewöhnt sind zu markten mit Principien, und Consequenzen gern abdingen möchten, die noch immer — in dem Wahne Gegensätze zu vermitteln — eine Vereinigung der Gebrechen entgegengesetzter Systeme geschaffen. Es ist der Augenblick gekommen, wo jedem sich die Frage aufdrängt, wie — sei es bei der noch immer denkbaren Bearbeitung eines Proceßgesetzes für ganz Deutschland, sei es bei der Revision der Particulargesetze —

das was als Grundgedanke des Verfahrens anerkannt wurde, an den einzelnen Theilen desselben am treuesten und zweckmäßigsten durchgeführt werden könne, auf welche Weise vermieden werden mag, daß einzelne strafgerichtliche Acte täglich vor aller Welt dem Axiom Hohn sprechen, das feierlich als die Grundlage eben des Gesetzes anerkannt wurde, unter dessen Autorität diese Acte vollzogen werden. Es wird insbesondere jetzt untersucht werden müssen, ob das in ganz Deutschland um der Principien willen, die es an der Stirn trägt, nachgeahmte französische Gesetz nicht eben diese in einzelnen Partieen verläugnet, und wenn dies der Fall ist — ob nicht die entsprechenden Elemente des englischen und schottischen Verfahrens ein geeigneteres Muster bieten?

Möge es also nicht einer gewissen Sucht, sich in Gemeinplätzen zu bewegen und längst Besprochenes wieder aufzuwärmen zugeschrieben werden, wenn die folgenden Betrachtungen über eine der wichtigsten Partieen — vielleicht die wichtigste — des Strafverfahrens auf die Erörterung der nun zur Geltung gelangten Principien zurückführen, noch einem in der lächerlichsten aller Affectationen wurzelnden Hange, in „die Weite zu schweifen," wo das Gute näher liegt, wenn die englischen und schottischen Proceßformen den, wenigstens örtlich näheren, französischen entgegengestellt werden. — In der That zeigt nichts so deutlich den Abstand zwischen dem englischen Vorbild und dessen angeblicher Nachbildung in Frankreich[1]), als die in jedem der beiden Länder geltenden Bestimmungen über Vernehmung der Angeklagten und Zeugen in der öffentlichen Hauptverhandlung. Bekanntlich wird, was zunächst

I. die Vernehmung des Angeklagten

betrifft, in England und Schottland streng darauf gehalten, daß der Angeklagte in keiner Weise, sei es direct oder indirect, gedrängt werden kann, gegen sich Zeugniß zu geben. Zeigt sich gleich im schottischen Vorverfahren ein viel lebhafteres Bestreben, ein Geständniß zu erlangen, als im englischen, so gilt doch der Grundsatz unbestritten in beiden Königreichen, daß dem Angeklagten in der Hauptverhandlung nur eine Frage vorgelegt werden könne: ob er des in der Anklageschrift ihm

[1]) Man gewinnt allerdings bei noch so flüchtiger Durchlesung der Debatten in der Nationalversammlung und im napoleonischen Staatsrath bei Berathung der neuen Strafgesetze die Ueberzeugung, daß die französischen Gesetzgeber — fast ohne Ausnahme — nur eine oberflächliche und lückenhafte Kenntniß des englischen Strafprocesses hatten.

zur Last gelegten Verbrechens schuldig sei? Selbst wenn diese Antwort bejahend ausfällt, ist er nicht verpflichtet, weiteren Fragen Rede zu stehen; hat er „not guilty" plädirt, so kann er in ungestörter Ruhe die Beweise abwarten, die der Ankläger gegen ihn vorbringen muß. Er kann persönlich oder durch seinen Anwalt gegen die Zulässigkeit angebotener Beweismittel Einspruch thun, Fragen an die Belastungszeugen stellen, Entlastungszeugen vorführen und abhören; er kann nach dem Schluß des Anklagebeweises, so wie nach Beendigung des eigenen sich an die Geschwornen wenden, und Alles vorbringen, was ihm zu seiner Vertheidigung dienlich scheint. Er kann aber Alles dies unterlassen und schweigend den Spruch der Jury abwarten, je nachdem das Eine oder das Andere ihm seinen Interessen angemessener dünkt[2]).

Dagegen verfügt das französische Gesetz, das eine allgemeine Frage über Schuld oder Nichtschuld nicht kennt, und freilich auf eine einfache Bejahung derselben durch den Angeklagten kein Gewicht legen würde, ziemlich unbestimmt: „Der Präsident kann vom Zeugen sowohl als vom Angeklagten alle jene Aufklärungen verlangen, die er zur Offenbarung der Wahrheit erforderlich glaubt"[3]). Dasselbe Recht wird außer den beisitzenden Richtern und Geschwornen auch dem Generalprocurator und der Civilpartei zugestanden[4]). — Diese Bestimmungen wurden im Wesentlichen in sämmtliche neuere deutsche Gesetze über Strafproceß aufgenommen und zwar in zwei derselben — die preußische Verordnung vom 3. Januar 1849 (§. 98) und das würtembergische Gesetz vom 14. August desselben Jahres (Art. 90) — vereinigt mit der Generalfrage nach englischem Gebrauch. — Auf dieser so allgemein gefaßten Anordnung des Code d'Instruction beruht das durch Gerichtsgebrauch festgestellte Verfahren, wonach der Angeklagte vor Eröffnung des eigentlichen Beweisverfah-

---

[2]) „Der Gefangene," sagt eine englische Autorität, „hat nie nöthig, sich zu verantworten, so lange nicht die Affirmative deutlich gegen ihn erwiesen wurde, und zwar derart erwiesen, daß, wenn er die Beweise nicht hinwegerklären kann, keinem vernünftigen Menschen ein Zweifel über seine Schuld bleiben kann" (Edinburgh Review, 1842, CLII. p. 374). Es hat deshalb auch der Angeklagte das Recht, nach Schluß des Beweises für die Anklage, und ehe er selbst etwas zu seiner Vertheidigung vorbringt, vom Richter zu verlangen, daß er die Geschwornen zur Freisprechung anweise, weil keine der Jury vorzulegende Thatsache erwiesen sei. S. Mühry, in der Zeitschr. für Rechtswiss. des Auslandes, XIX. S. 54; — Macaulay, History of England, II. ch. 8. p. 195 (der Leipziger Ausgabe).

[3]) Code d'Instruction Art. 319, Alinea 3.

[4]) Ebend. Alinea 4.

rens[5]) ein förmliches, vom Präsidenten und Generalprocurator vorgenommenes und alle Theile der Anklage umfassendes Verhör zu bestehen hat, dann aber jeden Augenblick über einzelne Beweismomente zur Rede gestellt oder zur Anerkennung von gegen ihn vorgebrachten Beweisstücken aufgefordert werden kann. Sind mehrere Angeklagte zugleich vor Gericht gestellt, so können einige derselben, während dieser Vernehmung eines anderen, aus dem Saal entfernt werden[6]).

Lassen sich nun diese Bestimmungen des französischen Gesetzes in der That mit dem Anklageprincip, auf dem dasselbe angeblich beruht, dem es die bereitwillige Aufnahme in Deutschland, Belgien, Holland und einem großen Theile Italiens verdankt, in Einklang bringen? Das Anklageprincip, auf dessen richtiges Verständniß es hier ankommen wird, ist nicht ein luftiger Schatten, der den Augenblick seiner Verkörperung oder wenigstens in limbo den der Auferstehung erwarten mußte, bis die französische Legislation der erstaunten Welt das nie Geahnte zeigte; es ist vielmehr, abgesehen davon, daß es bei einigen Nationen ununterbrochen bei anderen wenigstens in früheren Jahrhunderten im Strafproceß galt, mit vollster Consequenz im Civilverfahren aller Länder durchgeführt. Die Frage, wie dasselbe im Strafproceß geltend gemacht werden solle, findet also ihre natürliche Lösung in der Untersuchung: in, wiefern die Natur des Strafrechts eine Abweichung von den im Civilproceß geltenden Formen fordert?

Der oft erörterte Unterschied besteht aber offenbar darin, daß

1) im Civilproceß es sich um die Verletzung einzelner (subjectiver) Rechte handelt, während die Strafgesetzgebung Angriffen auf das (objective) Recht, Bedrohungen der gesammten Rechtsordnung sich entgegenstellt; in ersterem also der Staat nur indirect, als Gewährleister aller wohlerworbenen Rechte, im Strafproceß aber unmittelbar betheiligt ist; und daß
2) im Civilproceß der Kläger solche Güter beansprucht, über die er selbst sowohl als der Angeklagte vollkommen frei verfügen kann, während im Strafproceß die in der Klage enthaltene Vertheidigung

[5]) Nach einem von Duport der französischen Constituante vorgelegten Plane (Art. 20) hätte das Verhör (interrogatoire) des Angeklagten am Schluß des Beweisverfahrens Statt finden sollen. S. Buchez et Roux, Histoire parlamentaire de la révolution française, T. V. p. 221.

[6]) Ebend. Art. 327.

des öffentlichen Rechtszustandes eben so wenig freiwillig aufgegeben werden kann, als eine freiwillige Verzichtleistung auf Vertheidigung des Lebens, der Ehre und der Freiheit, die die Anklage bedroht, eine rechtliche Wirkung haben könnte[7]). Im Gegentheil wird der hohe Werth dieser unersetzlichen Güter, die äußerst gedrückte Lage desjenigen, dem sie streitig gemacht werden, die tiefe Erschütterung der Rechtsordnung, die jede Verurtheilung eines Unschuldigen herbeiführen müßte — als Gefährdung dieser Güter durch Institutionen, die vorzugsweise zu deren Schutz bestimmt sind[8]) — besondere Vorkehrungen erfordern, die Vertheidigung des Angeklagten zu erleichtern.

Folgt nun aus diesem Unterschiede „die Nothwendigkeit, einen Staatsbeamten mit Aufsuchung und Verfolgung des Verbrechens zu beauftragen, auch den am Proceß nicht unmittelbar Betheiligten zur Aufbringung von Beweismitteln größere Beschwerlichkeiten aufzuerlegen, und auf die Sammlung und Sicherung dieser Beweismittel mehr Sorgfalt zu verwenden, als im Civilproceß nöthig; folgt daraus auch das Recht des Anklägers, sich durch Vermittlung des Gerichtes der Person des Angeklagten bis zur Endentscheidung zu versichern: so kann doch unmöglich daraus gefolgert werden, die Stellung des Angeklagten müsse im Strafproceß eine nachtheiligere sein, als bei Civilstreitigkeiten; es muß ihm vielmehr nicht blos, wie bei letzteren, vollkommen freie Hand bei Sammlung der Beweismittel gelassen werden, sondern überdies der Beistand der Gerichtsbehörden und eines nöthigenfalls von Amtswegen zugewiesenenen Vertheidigers dabei zu statten kommen — Hilfsmittel, die immer noch schwach sind gegenüber der Macht, die dem Gegner zu Gebote steht. Wie im Civilproceß sollen also vor dem parteilosen Richter Ankläger und Angeklagter einander gleichgestellt sein, nur daß für Letzteren die Vermuthung der Unschuld streitet, auf Ersterem also die Beweislast liegt. Die Hauptsache ist, daß im Anklageproceß kein Mittel angewendet wird, das Geständniß zu erlangen, daß der Ankläger einfach die Beschuldigung vorhält, und der Angeklagte diese und die Beweismittel des

[7]) W. G. Puchta, der Inquisitionsproceß. (Erlangen 1844) S. 11, 17.

[8]) Sehr schön sagt in der Staatsrathssitzung vom 7. September 1808 Treilhard — was freilich er und seine Zuhörer oft vergaßen: L'erreur du magistrat ferait toujours une vaste plaie à l'ordre public, soit en frappant un innocent, soit en déchainant un coupable. Locré T. XXI. p. 57.

Anklägers erfährt; es ist der entscheidende Grundsatz des Anklageprocesses, daß der Ankläger beweisen muß“[9]).

Wie aber läßt sich mit dieser Auffassung des Anklageprincips ein Verhör des Angeklagten vor dem erkennenden Richter vereinigen? Wenn es als erstes Corollar des Anklageprincips anerkannt werden muß, daß der Angeklagte dieselben Rechte haben müsse, wie der Ankläger, so muß wohl ein Verfahren als unvereinbar mit diesem Princip erkannt werden, das den Angeklagten in eine äußerst peinliche, ungünstige, ja namentlich für den Unschuldigen gefährliche Lage bringt, ohne daß ihm ein Mittel gelassen wird, den Ankläger in eine ähnliche Stellung zu versetzen.

Genöthigt zu sein, jede Frage, die uns gestellt wird, zu beantworten, muß selbst unter ganz günstigen Umständen und unter vier Augen äußerst peinlich sein. Man denke sich aber den Angeklagten, dessen Leben vielleicht, dessen Ehre gewiß bedroht ist, dessen Gesundheit durch die Untersuchungshaft und die bange Erwartung des Gerichtstages gewiß nicht gekräftigt wurde; man denke ihn sich — wie dies ja meist der Fall ist — vor einer zahlreichen Zuhörerschaft, vor seinen auf ihre „innere Ueberzeugung“ feierlich hingewiesenen Richtern, bei denen jedes Zögern, das leiseste Schwanken in den Antworten Verdacht, jede nur im Entferntesten zweideutige Handlung des Angeklagten Mißstimmung gegen ihn erregen muß! Man denke hinzu, daß er bei diesem Verhör gänzlich der Willkür preisgegeben ist; ihn schützt nicht, wie den Zeugen, eine gesetzliche Bestimmung über die Fälle, in denen eine Antwort verweigert werden darf. Das Verhör des Angeklagten darf nicht nur — in dem Augenblicke, wo Ruhe und kalte Besonnenheit ihm so nöthig ist — die zartesten Angelegenheiten seines Herzens, die Personen, die seiner Liebe am nächsten stehen, ergreifen; es darf ihn nöthigen, unschuldige aber lächerliche Schwächen, längst gebüßte Schuld oder lang vergessene Vergehungen jugendlichen Leichtsinns selbst ans Tageslicht zu ziehen, und auf jedes ehrenrührige Gerücht einzugehen, das in irgend einer Periode seines Lebens über ihn verbreitet ward. — Und doch muß er antworten[10]); und ist die Frage ihm nicht immer peinlich, so ist die Ant-

[9]) Mittermaier, Ueber Mündlichkeit, Anklageprinzip u. s. w. (Stuttg. 1845) S. 300.

[10]) So hat sich die französische Praxis gestaltet; ein Bericht über den Proceß Lafarge erzählt z. B., daß der Präsident, als ihm eine Antwort der Angeklagten ungenü-

wort doch immer gefährlich. Was er zum eigenen Vortheil aussagt, findet begreiflich so lange keinen Glauben, als es nicht anderweitig bewiesen ist; was dagegen ihm zum Nachtheil gereicht, wird rasch aus seiner Aussage herausgegriffen und leicht geglaubt. Sucht er, durch die Anklageschrift bekannt gemacht mit den schweren Verdachtsgründen, die gegen ihn vorliegen (denn ohne diese stände er nicht vor Gericht), eine verdächtigende Thatsache zu unterdrücken, zu bemänteln, so nimmt man dies für einen Beweis des Schuldbewußtseins. Verläßt ihn in Bezug auf geringfügige Nebenumstände, die erst durch die Anklage bedeutend geworden und vielleicht schon lange hinter ihm liegen, das Gedächtniß, so verwickelt er sich in Widersprüche, — man nimmt an, daß er gelogen habe, daß er schuldig sei. Stimmen dagegen seine Erklärungen über solche Gegenstände ganz genau zusammen, gibt er den Bericht mit Zuversicht und Bestimmtheit: wie nahe liegt nicht der Verdacht, daß das Ganze schlau erfunden, einstudirt sein müsse?

Aber nicht blos dadurch, daß es den Angeklagten gleich beim Beginn der Verhandlung dem Ankläger gegenüber in so empfindlichen Nachtheil versetzt, verläugnet das französische Verfahren das Anklageprincip; es verstößt noch gegen eine andere Forderung desselben: daß dem Angeklagten seine Schuld auf's Klarste nachgewiesen werden müsse, daß jeder Zweifel, jede Unklarheit im Beweise ihm zu Gute kommen soll. Mit welchem Recht könnte man, dieses Gesetz anerkennend, vom Angeklagten fordern, daß er Zweifel löse und Aufklärungen gebe, von ihm, dem erstere vielleicht zum Vortheile gereichten, letztere nachtheilig sind? Solche Zumuthung, die kaum dem Beklagten im Civilproceß je gemacht werden konnte[11]), wäre ganz unerklärlich, wenn nicht längst anerkannt wäre, daß trotz allem Anscheine der Verbesserung der Code d'Instruction allem oft gerügten Unwesen des Inquisitionsprocesses freien Spielraum lassen sollte[12]) — des Inquisitionsprocesses, der, wenn nicht

gend schien, zornig wurde und erklärte: „er wolle auf der Frage beharren, und bestehe darauf, eine Antwort zu erhalten" (Edinburgh Review CLII. p. 470). — Gesetzliche Bestimmungen darüber sind selten und unzureichend. So verweist die österreichische Str. P. O. v. 17. Januar 1850 auf die Bestimmungen über das Verhör in der Voruntersuchung. Dort aber heißt es (§. 216, dem etwas schärfer gefaßten §. 200 der bad. Str. P. O. nachgebildet), daß der Angeklagte aufmerksam gemacht werden solle, „daß sein Verhalten einen für ihn nachtheiligen Einfluß auf die Beurtheilung der Sache ausüben könne."

[11]) v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts VII. S. 20 fg.

[12]) In vielleicht etwas zu starken Ausdrücken bezeugt dies Berenger (de la Justice criminelle en France. Paris 1818): „Nous nous sommes contentés de placer un

ausschließend, so doch vorzugsweise auf ein Bekenntniß des Angeklagten hinarbeitete.

Es wäre überflüssig, nutzlose Wiederholung hier weiter auszuführen, wie der Inquisitionsproceß — wurzelnd einerseits in den Bedürfnissen einer Zeit, die weit genug vorgeschritten war, um die Bedeutung des Strafrechts und dessen öffentliche Natur zu erkennen, und doch noch keine Polizei besaß, der die Sammlung von Beweismitteln hätte überlassen werden können, andererseits in den Formen von Gerichten, denen, als Erweiterungen des Gewissenstribunals im Beichtstuhle, vor Allem die Tendenz innewohnte, die Beweismittel aus dem Inneren des Angeklagten zu schöpfen — sich immer mehr von den Formen des Civilprocesses entfernte, aus dem er nur eine Regel behalten zu sollen schien: Confessio pro veritate accipitur. Aber gerade das Bekenntniß muß im Strafproceß von ganz anderem Gesichtspunkt aus betrachtet werden als bei Civilstreitigkeiten. Als das — was es im Civilverfahren immer gewesen, als „der reine Gegensatz des von dem Kläger vor Gericht ausgesprochenen Verzichts“ [13]) muß es, da ein Verzichtleisten auf Ehre, Leben und Freiheit rechtlich und sittlich unmöglich ist, im Strafverfahren ganz unzulässig sein. Es kann da nur eine Bedeutung haben, einerseits als eine freiwillige Rückkehr zum verlassenen Rechtsgesetz, als sühnende Unterwerfung unter dasselbe [14]), andererseits als „die höchste Spitze der Vergewisserung“ [15]) und in sofern es die Präsumtion der Wahrheit aus dem Grunde für sich hat, „weil kein Mensch ein Schuldbekenntniß ablegen würde, wenn die bekannten Thatsachen nicht wahr wären“ [16]).

Im ersten Sinne wird das Bekenntniß, für so wünschenswerth man es immer halten möge, nur äußerst selten vorkommen, noch seltener aber als ächt mit Zuversicht erkannt werden; — in jedem Fall wird es in dieser Richtung bedeutungslos, sobald es anders als aus vollkommen freier Herzensregung und ohne allen äußeren Anstoß abge-

---

magnifique frontispice devant les décombres du despotisme, monument trompeur, dont l'aspect séduit, mais qui glace d'effroi quand on y pénètre! — — Sous des apparences libérales, avec les mots pompeux de jurés, de débats publics, d'indépendance judiciaire, de liberté individuelle nous sommes doucement conduit à l'abus de toutes ces choses“ (pag. 2).

[13]) v. Savigny a. a. O. S. 11.

[14]) Abegg, Beiträge zur Strafproceßgesetzgebung S. 180 fg.

[15]) Hegel, Encyclopädie S. 361.

[16]) Alison, Practice of the Criminal Law of Scotland (Lond. 1833) p. 557.

legt wird, oder wenn es gar stückweise entlockt, stückweise entrissen und zum Theil verweigert wurde.

Im letzteren Sinne beruht der Werth des Geständnisses natürlich ebenfalls auf der Voraussetzung, daß keine äußere Einwirkung den natürlichen Widerwillen des Menschen vor einer Handlung, die nachtheilige Folgen für ihn haben muß, wenigstens für einen Augenblick überwältigt, daß also weder psychischer noch physischer Zwang, noch eine irrige Vorstellung über die Folgen des Bekenntnisses den Angeklagten zur Ablegung des Bekenntnisses gebracht habe [17]). Die Gewißheit, daß diese Voraussetzung gegründet sei, kann der Inquisitionsproceß, der den Richter veranlaßt, auf ein Bekenntniß hinzuarbeiten, nie gewähren; sie ist nur dann unbedingt vorhanden, wenn das Bekenntniß in Gegenwart der erkennenden Richter abgelegt wird, die also selbst sich die Ueberzeugung verschaffen können, daß der Bekennende allem unziemlichen Einfluß entrückt, und mit den Folgen, die seine Aussagen nach sich ziehen müssen, bekannt ist. In dieser — freilich selten sich ergebenden — Form wird das Bekenntniß des Angeklagten als vollgiltig, als jeden anderen Beweis ausschließend im englischen und schottischen Proceß angenommen [18]). Ein Bekenntniß, das diese Eigenschaften nicht an sich trägt, es sei durch Gerichtspersonen beglaubigt oder nicht, kann dort nichts mehr sein als eine gegen den Angeklagten sprechende Anzeigung, die in aller Form bewiesen werden muß, einen Gegenbeweis nicht ausschließt, und sehr vorsichtig aufgenommen wird. Es steht ein solches Bekenntniß nicht höher als irgend eine andere Aeußerung des Angeklagten, die geeignet wäre, ihn zu verdächtigen; — der Ankläger hat das Recht, sie als Beweis der Schuld anzuführen, wenn sie wirklich gethan wurde; aber dem Angeklagten spricht niemand das Recht ab, Allem auszuweichen, was ihm eine solche Aeußerung entreißen oder entlocken könnte. Am wenigsten ließe sich's das Gericht einfallen, dieses zu

---

[17]) „And where a person upon his arraignment actually confesses himself guilty or unadvisedly discloses the special manner of the fact supposing that doth not amount to felony, where it doth: the judges upon probable circumstances that such confession may proceed from fear, *weakness* or ignorance may refuse such a confession and suffer the party to plead „not guilty." Tomlins, Law dictionary, I v. *Confession.*

[18]) „The law holds, that what a man admits in the hour of his trial . . . is entitled to much more consideration, than what is previously declared, however distinctly before a magistrate". Alison, l. c. p. 579.

verſuchen; denn es iſt einer der Fundamentalſätze britiſcher Jurisprudenz: No man is bound to give evidence against himself.

In Schottland zwar, wo auf ein Bekenntniß des Angeklagten ſchon deshalb mehr Werth gelegt wird als in England, weil der Staatsanwalt die Anklage unter eigener Verantwortung, weder durch Ausſpruch einer Grand Jury, noch durch das Verweiſungserkenntniß einer Anklagekammer gedeckt, vor die Oeffentlichkeit bringt, wird dem Angeklagten in der Vorunterſuchung, ehe man ihm Zeugenausſagen mitgetheilt oder der Verkehr mit einem Vertheidiger oder irgend anderen Perſonen geſtattet wird, eine Erklärung über die ihm zur Laſt gelegte That im Beiſein zweier Zeugen und des Sheriffs abgenommen. Aber dies geſchieht nur, nachdem Letzterer ihn darüber belehrt hat, daß er die Antwort auf alle oder einzelne der ihm vorgelegten Fragen verweigern könne, daß aber ſeine Erklärung, wie immer ſie ausfalle, aufgezeichnet und wahrſcheinlich als Beweismittel gegen ihn benutzt werden würde. Sieht er ſich ſpäter veranlaßt eine neue Erklärung abzugeben, ſo muß zuvor die frühere ihrem ganzen Inhalte nach wieder vorgeleſen werden. — Dieſe Vernehmung, bei der die Fragen der Fiscalprocurator (der Vertreter der Staatsanwaltſchaft) ſtellt, hat einzig nur den Zweck, dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, ſich wo möglich ſogleich von jedem Verdacht zu reinigen, daß ſeine augenblickliche Entlaſſung verfügt werde. Sie wird ſo conſequent als ein zu Gunſten des Angeklagten vorgenommener Act angeſehen, daß ihm nicht geſtattet iſt, bei der Hauptverhandlung das Protocoll derſelben als Beweismittel vorzubringen; die in demſelben niedergelegte Erklärung (declaration) wird für das Gegenſtück der Anklageſchrift gehalten, die die Staatsanwaltſchaft eben ſo wenig für ſich anführen kann, während es dem Angeklagten frei ſteht, ſie auf dieſelbe Art als Beweismittel für ſeine Behauptungen vorzubringen, wie ſich der Lord Advocate gegen ihn der Declaration bedient. Dieſe nämlich kann, wie immer ſie laute, in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten als Beweismittel vorgebracht werden, nachdem die Erfüllung aller vorgeſchriebenen Förmlichkeiten nachgewieſen wurde. An den Angeklagten oder vielmehr an deſſen Vertheidiger kann in Bezug auf dieſe Erklärung nur *eine* Frage gerichtet werden: ob er das perſönliche Erſcheinen der auf derſelben unterzeichneten Zeugen fordere, oder darauf verzichte? Sobald die geringſte bei Abnahme oder Aufzeichnung der Declaration vorgekommene Unregelmäßigkeit entdeckt wird; ſobald ſich

zeigt, daß nur im Entfernteſten auf den Entſchluß des Ausſagenden eingewirkt wurde, wird das Actenſtück zurückgewieſen. Dies geſchah z. B. einmal, weil der Unterſuchungsrichter dem Angeklagten geſagt hatte, „es ſei ihm anheimgeſtellt zu ſagen, was er für gut fände; „daß es aber um ſo beſſer für ihn ſein werde, je aufrichtiger er ſpreche, und daß er (der Richter) an ſeiner Stelle aufrichtig ſein und ausführlich ſprechen würde“ [19]). Aber kein noch ſo ausführliches aus dieſer Declaration oder aus andern Aeußerungen des Angeklagten nachgewieſenes Geſtändniß kann nach ſchottiſchem Recht einen verurtheilenden Wahrſpruch herbeiführen, wenn nicht das Corpus delicti und irgend ein Zuſammenhang zwiſchen dieſem und dem Angeklagten noch auf andere Weiſe conſtatirt wurde [20]).

In England wird dagegen auch in der Vorunterſuchung gar nichts gethan, um ein Geſtändniß zu erlangen; es wird vielmehr dort wie in der Hauptverhandlung an den Angeklagten nur die allgemeine Frage über Schuld oder Nichtſchuld gerichtet, und ihm blos bei der Zeugenvernehmung, die in ſeiner und meiſt auch ſeines Vertheidigers Gegenwart vorgenommen wird, Gelegenheit gegeben, ſich über jede einzelne Ausſage zu äußern, wenn er dies wünſcht. Dieſe Aeußerung wird aufgezeichnet, und kann gleich jeder außergerichtlichen in der Hauptverhandlung als Beweismittel gegen ihn dienen [20]). Während aber ſo in England weniger für Erlangung eines Geſtändniſſes geſchieht als in Schottland, wird ein um ſo größeres Gewicht auf dasſelbe gelegt, wenn es erwieſen iſt. Sofern die Aeußerung der Jury erwieſen und unbedenklich ſcheint, kann dieſe darauf allein, und wäre ſonſt kein Beweis vorhanden, ihr „ſchuldig“ gründen [22]).

Es kann nach allem Dieſem gewiß nicht behauptet werden, daß im engliſch-ſchottiſchen Recht auf das Geſtändniß des Angeklagten zu wenig Werth gelegt werde (es ließe ſich vielmehr Manches gegen die ganz civiliſtiſche Behandlung der von keinem „Beweis“ unterſtützten plea „guilty“ einwenden), wenngleich nicht wie in Frankreich alle Proceduren ſich um dasſelbe drehen, und unwürdige Mittel angewendet

[19]) Alison l. c. p. 563.

[20]) Alison p. 573.

[21]) Nur muß ſie, wo möglich, durch das Verhörprotokoll nachgewieſen werden, da die Beweisgeſetze in jedem Falle den beſten Beweis fordern, den die Umſtände zulaſſen.

[22] It seems that the confession of a prisoner is evidence against him, though there is no proof *aliunde* of the offence having been committed. Tomlins, Law dictionary I. v. *Confession*.

werden, ein Geständniß oder auch nur ein scheinbares, theilweises Zugeständniß dem Angeklagten abzugewinnen. Es hieße Wasser in's Meer tragen, wollte man noch den Beweis führen, daß die französische Voruntersuchung eine rein inquisitorische sei. Dagegen ließe sich im Allgemeinen, selbst vom Standpunkt des Accusationsprocesses, nichts einwenden, da bei consequenter Durchführung des Anklageprincips und der Mündlichkeit eigentlich nur die Hauptverhandlung den Proceß bildet; die Aufsuchung von Beweismitteln muß die Sache der Parteien, nicht des Richters sein[23]). Es ist auch diese Auffassung der Voruntersuchung kein bloßes Theorem; vielleicht ist sie in Schottland mit einer Consequenz festgehalten, wie man sie nur in den Rechtsinstituten dieses Landes findet. Die Wahl und Sammlung von Beweismitteln ist dem Ankläger ganz in die Hände gegeben; nur wo es zur Erlangung oder Sicherung derselben eines Eingriffs in die persönliche Freiheit oder das Hausrecht einer Person bedarf, oder wo er den Besitz gewisser Beweismittel schon vor der Hauptverhandlung constatiren will, sei es weil er deren Verlust fürchtet, oder weil er sich vor dem Vorwurf einer leichtsinnigen Anklage sichern will, ruft er die Autorität des Richters an. Der unabhängige Richter ist es also, der auf Verlangen des Anklägers die Vorführung des Angeklagten und Haussuchungen anordnet, Zeugenaussagen und Erklärungen des Angeklagten beglaubigt; er ist es, der nach Anhörung beider Parteien darüber entscheidet, ob der Angeklagte bis zur Hauptverhandlung in Haft (oder Haftung) genommen werden solle oder nicht. Während so der schottische Untersuchungsrichter dem Angeklagten gegenüber nie aufhört, parteilos zu sein, sind in seiner Hand zwei Waffen, die ihm wie dem französischen Untersuchungsrichter zustehen, unschädlich geworden. Beide vernehmen den Angeklagten, ohne ihm über die Zeugenaussagen Auskunft zu geben; aber der schottische Angeklagte darf nicht nur die Antwort verweigern, sondern kann dies ohne Gefahr, da das in der französischen Praxis furchtbar gewordene Mittel der mise au secret beim schottischen Richter nicht länger als acht Tage währen dürfte[24]). Dagegen steht nicht nur der französische Untersuchungsrichter unter der

---

[23]) S. Geib, die Reform des deutschen Staatslebens, (Leipz. 1848) S. 104—108.

[24]) Die Acte von 1701 verbietet „all *cloes* imprisonment for more beyond the space of eight days from the commitment (for farther examination, dies nicht zu verwechseln mit dem for trial) under the pains of wrongous imprisonment."

Aufsicht und Disciplinargewalt des Anklägers (Art. 57 und 280 des Code d'Instruction), hat selbst Beweismittel aufzusuchen und darf, durch keine gesetzliche Bestimmung in seinem Verfahren gegen den Angeklagten geleitet, über dessen Behandlung während der Untersuchungshaft, so wie über die Dauer der letzteren theils nach eigenem Ermessen, theils nach einem auf seinen Bericht gestützten Beschluß der Rathskammer verfügen — sondern es darf auch unter gewissen Umständen der Ankläger allein, ohne Zeugen, den Angeklagten vernehmen (Art. 25 u. 42). Ein durch solches Verfahren erlangtes Geständniß in der Hauptverhandlung auch nur erwähnen zu lassen, ist eine schreiende Verletzung des Anklageprincips. Daß aber alle in einer solchen Voruntersuchung aufgezeichneten Aussagen des Angeklagten ihm aus ihrem Zusammenhang gerissen vorgehalten werden dürfen, daß ihm zugemuthet werden darf, sie hinweg zu erklären, Widersprüche zwischen denselben aufzulösen, Gründe für einen Widerruf derselben vorzubringen — also einen Gegenbeweis zu führen, wo der Beweis so unvollständig ist: widerspricht so aller natürlichen Billigkeit, daß es zweifelhaft bleibt, ob in jenen deutschen Staaten, wo diese Bestimmungen unverändert angenommen wurden, die Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung ein genügender Ersatz sei für den Verlust jener Garantien, die der deutsche Inquisitionsproceß vor dem französischen voraus hatte.

Man braucht aber an die Mißbräuche gar nicht zu denken, die bei solcher Gesetzgebung kaum zu vermeiden und in Frankreich allerdings nicht selten sind[25]), um es erklärlich zu finden; daß man eine mündliche Wiederholung des in der Voruntersuchung abgelegten Geständnisses *wünschen* mußte; und dagegen ließe sich nichts einwenden, wenn man sich begnügte, den Angeklagten zu dieser Wiederholung einfach aufzufordern, und sobald der Angeklagte sich weigert hierauf einzugehen, es dem Ankläger überließe ein vorausgegangenes Geständniß und dessen Beweisfähigkeit ersichtlich zu machen. Statt dessen wird der Angeklagte, wenn er „widerruft," mit seinem Geständniß oder seinen Geständnissen (denn während solcher Voruntersuchung hat der Angeklagte oft Veranlassung, deren mehrere vorzubringen), oder, wenn ein solches nicht vorhanden, mit jedem scheinbaren Zugeständniß, mit Widersprüchen in jetzigen und früheren Erklärungen in die Enge getrieben, durch gewandte

[25]) Berenger, p. 408 seq.

Frageſtellung (wobei die Suggeſtivfrage etwas ganz Gewöhnliches iſt[26]) zu neuen Widerſprüchen, neuen Zugeſtändniſſen gebracht, wenn er ſchwach und unbehilflich, — zu Lügen und Frechheiten, wenn er ſchlau, gewandt und ſchuldbewußt iſt. Es entſpinnt ſich ein Kampf (die franzöſiſchen Praktiker lieben den Ausdruck und brauchen ihn oft und immer ohne Bedenken), bei dem die Wahrheit, die Gerechtigkeit nichts gewinnen, die Würde der Verhandlung aber viel verliert, und nicht ſelten eine Verwirrung entſteht, die auf die nachfolgende Verhandlung den unheilvollſten Einfluß übt.

Daß der Zuhörer in ein Labyrinth von Lügen und Widerſprüchen geräth, aus dem ihn nur ſelten ein rettender Faden befreit, iſt wohl das Gewöhnlichere. Wenn aber der Verhörende den Angeklagten in der Hitze des „Kampfes“ von einem Beweismittel zum andern, von einer Behauptung zur entgegengeſetzten aus anderer Zeit ſtammenden jagt; wenn dieſer etwa, ſei's aus Befangenheit, ſei's aus Schlauheit, die Fragen mißverſteht, vielleicht durch ungehörige Antworten das Verhör auf ein anderes Gebiet lockt, oder den Eindruck der Märchen, die er etwa gerathen fand, dem Unterſuchungsrichter aufzutiſchen, durch neue noch kühner erfundene, noch lebhafter ausgemalte zu verwiſchen ſtrebt; wenn endlich von mehreren Angeklagten nur immer Einer Beſchuldigungen auf die anderen wälzt — wie im Ballſpiel: da muß wohl ſelbſt der geübte und mit dem Fall ſchon bekannte Beamte irre werden; da müſſen mit den Acten unbekannte Richter oder gar die Geſchwornen, die über die Sache gar nichts gehört haben als Verweiſungserkenntniß und Anklageſchrift, alſo oft weder den Zweck der Frage noch die Bedeutung der Antwort erfaſſen, die das Subjective des Thatbeſtandes erörtern hören, ehe die objectiven Momente desſelben conſtatirt ſind, in eine Art Betäubung gerathen, die nur durch die umſichtigſte Leitung des nachfolgenden Beweisverfahrens gehoben werden kann.

Zur Rechtfertigung dieſes Verhöres wird eigentlich nur ein Grund vorgebracht. „Die Anklageſchrift,“ ſagt Schlink in ſeiner Kritik einiger

---

[26]) In der erſten öſterreichiſchen Schwurgerichtsſitzung (zu Cilly) wurde bei einer Anklage wegen Kindesmords, nachdem ermittelt war, daß in der Nähe des Ortes, wo die Angeklagte geboren hatte, Sicheln waren, die Frage geſtellt: „Haben Sie vielleicht eine ſolche Sichel genommen und damit dem Kinde eine Wunde beigebracht?“ — eine Frage, die das frühere Geſetz verbot, die Strafproceßordnung vom 17. Januar 1850 aber nicht für unzuläſſig erklärt. (Oeſterr. Gerichtszeitung v. 18. Nov. 1850, S. 100).

Bemerkungen Mittermaier's über dieſen Gegenſtand[27]), „enthält alle gegen den Angeklagten ermittelten Verdachtsgründe, und da der Proceß mit ihm contradictoriſch geführt wird, ſo däucht mir, daß er ſich über dieſe Gründe Punkt für Punkt auszulaſſen habe.“ Aber es dürfte wohl die Bemerkung am Orte ſein, daß, eben weil „der Proceß mit ihm contradictoriſch geführt wird,“ der Angeklagte Beweiſe fordern kann, und ſich auf Verdachtsgründe (und natürlich liegen mit der Anklageſchrift nur ſolche vor) nicht einzulaſſen braucht. Sobald ſtatt der Verdachtsgründe Beweiſe vorliegen, wird es im Intereſſe des Angeklagten ſelbſt ſein, Alles vorzubringen, was geeignet ſcheint, dieſe zu entkräften. Daß er dabei kein weſentliches Moment überſehe, dazu wird ihm ein Vertheidiger beigegeben, und es iſt in der That nicht abzuſehen, warum in des Letzteren Amt eingegriffen und der Angeklagte zur Vertheidigung gezwungen werden ſollte.

Bisher begnügten wir uns, die Vernehmung des Angeklagten zu beſprechen, ohne darauf Rückſicht zu nehmen, wer dieſe vornimmt. Wenden wir uns jetzt dieſem Theil der Frage zu, ſo wird ſich bald zeigen, daß dieſes Verhör, und böte es ſtatt der angeführten Nachtheile eben ſo weſentliche Vortheile, ſchon deshalb wegfallen müßte, weil es weder vom Richter noch vom Staatsanwalte vorgenommen werden kann, ſo lange das Hauptverfahren ein mündlich-unmittelbares, ſo lange es nicht, wie Höpfner[28]) mit Recht dem franzöſiſchen vorwirft, „eigentlich nur der äußeren Form nach accuſatoriſch iſt.“

1. Vernehmung durch den Präſidenten.

„Wenn man im Civilproceß dem Richter geſtatten wollte, den Beklagten auf ſeine unhaltbare Vertheidigung aufmerkſam zu machen, ihm die Widerſprüche ſeiner Angaben vorzuhalten, und ihn zur Angabe der Wahrheit zu ermahnen, ſo würde Jedermann darüber einig ſein, daß der Richter die beklagte Partei in ihrem Recht verletze[29]).“ Es iſt alſo die Vernehmung des Angeklagten durch den Präſidenten augenfällige, ungerechtfertigte Abweichung vom reinen Accuſationsprincip, das ja eben die im Inquiſitionsproceß mit der Perſon des Richters vereinigten Rollen (denn mehr als Rollen können ſie da nicht

[27]) Gerichtsſaal, 1850, Bd. I. S. 361.
[28]) Ueber Anklageproceß und Geſchwornengericht, (Hamburg 1814), S. 11.
[29]) Brauer im Gerichtsſaal 1849, Bd. I. S. 73.

sein) des Anklägers und Vertheidigers ablöst, und diesen allein die Herbeischaffung der Beweismittel überläßt. Auf etwas anderes aber, als auf Erlangung von Beweismitteln für oder gegen den Angeklagten, kann das Verhör nicht gerichtet sein; und so sehen wir denjenigen, der sich dieselben in ruhiger Unparteilichkeit vorführen lassen sollte, mit deren Constatirung, wohl gar mit ihrer Aufsuchung sich beschäftigen.

Es ist dies nicht blos eine leichte Formverletzung (obwohl Formen im Proceß immer schwer wiegen); diese Häufung der Functionen bringt vielmehr einen der Hauptnachtheile des alten Inquisitionsprocesses wieder. Gleichviel, ob den Richtern auch die Entscheidung über die Thatfrage zusteht oder nicht — weiß der Angeklagte sein Schicksal in den Händen des Präsidenten. Wie soll er nun diesem mit der Zuversicht und Geistesgegenwart Rede stehen, die doch nothwendig ist, wenn er nicht neuen Verdacht auf sich häufen soll? Jedenfalls werden wenige, die einen Theil der Anklage zugegeben haben, den Muth besitzen, dem Manne entschieden zu widersprechen, der auf die Bestimmung des Strafausmaßes so großen Einfluß üben wird. — Und selbst abgesehen davon — wie viel muß selbst dem Unschuldigen daran liegen, daß der Präsident, der über die Zulässigkeit so manchen Beweismittels zu entscheiden hat, der die Zeugen vernimmt und deren Aussagen den Geschwornen zuletzt noch einmal vorführt, in dessen Hand endlich die aller Verantwortung bare Gewalt ruht, die pouvoir discrétionnaire heißt[30]) — nicht von vornherein gegen ihn eingenommen werde?

Nichts destoweniger müßte der Präsident mehr als ein Mensch sein, wenn dies nicht häufig einträte. Um das Verhör vorzunehmen, muß er die Acten der Voruntersuchung durchlesen, den Angeklagten persönlich gehört haben, ehe er den Sitzungssaal betritt. Es ist unmöglich, daß ein denkendes Wesen, geschweige ein geübter Praktiker so viel Zeit auf einen Gegenstand verwendet, ohne daß sich an ihm eine bestimmte Ansicht über denselben ausbildete; überdies ist nicht recht abzusehen, was das Verhör für eine Bestimmung haben sollte, wenn der Präsident planlos und auf's Gerathewohl Fragen durcheinanderwerfen würde, ohne daß ihnen ein leitender Gedanke zu Grunde läge. Diese seine Ansicht, seinen leitenden Gedanken wird der Präsident um so weniger geneigt sein, bei der ersten ausweichenden oder widersprechenden

[30]) Das pouvoir discrétionnaire veranlaßte bei der Berathung des Code criminel im J. 1804 nicht einmal eine Debatte im Staatsrath!

Antwort aufzugeben, je öfter ihm die Erfahrung die Nichtigkeit seiner Auffassung bewiesen. Je mehr er nun, um diese zur Geltung zu bringen, auf den Angeklagten eindringt, desto mehr steigt nicht nur sein Interesse an der Sache, sondern es wird — da die Meinung des Präsidenten dem Publikum bald klar wird — seine Eitelkeit gegen den Widerstrebenden rege, und verleitet ihn, gegen denselben alle seine Uebung, Gewandtheit und freie Beweglichkeit anzuwenden [31]). Wie sollte er nun parteilos bleiben in solchem Kampf, wie nicht erbittert werden, wenn alle diese Anstrengungen, alle diese geistreichen Angriffe erfolglos bleiben durch die kalte Ruhe und Zuversicht, oder — wie er dann geneigt sein wird, es zu nennen — durch die schlaue Frechheit des schuldbewußten Gefangenen? Aber nicht blos das eine Princip des modernen Strafprocesses, die Anklageschaft, ist mit der Vernehmung des Angeklagten durch den Präsidenten unvereinbar, auch die beiden andern schönen Worte, um derentwillen der Code d'Instruction überall so freudige Aufnahme fand, die Unmittelbarkeit (Mündlichkeit) und die ohne diese zum Gespötte werdende Oeffentlichkeit der Verhandlung, werden dadurch Lügen gestraft.

Man kann über die Ausdehnung, die dem Grundsatz der Unmittelbarkeit in der Praxis gegeben werden soll, verschiedener Meinung sein, man kann schwanken zwischen dem englischen System, das in jedem Falle die Vorbringung des besten Beweismittels, das der Fall im Allgemeinen zuläßt (also weitaus in den meisten Fällen des unmittelbaren Zeugnisses), fordert, und nur im Fall absoluter Unmöglichkeit davon abläßt [32]), und dem des Code des délits et des peines, der die Ablesung von Zeugenaussagen — aber nur dieser — aus den Voruntersuchungsacten unbedingt verbietet; man muß nicht soweit gehen, wie z. B. Berenger [33]), der von einer guten Criminalgesetzgebung verlangt, daß die Voruntersuchung den Geschwornen unbekannt bleibe, und sie nur durch Zeugenaussagen die Beweise des Verbrechens und der Schuld des Urhebers erhalten. Aber Niemand wird mehr von Unmittelbarkeit, von Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung sprechen, wenn

---

[31]) Edinburgh Review l. c. p. 378.

[32]) Am schärfsten ausgesprochen in der schottischen Acte von 1587 c. 91, welche vorschreibt, daß „the haill accusations, reasoning writs, witnesses and other probations and instructions whatsumever" den Geschwornen vorgeführt werden.

[33]) a. a. O. S. 307.

[34]) Gerichtssaal 1849, I. S. 126.

selbst das Minimum, wie es Jagemann [34]) fordert: „Wiedervorführung eines lebendigen Gesammtbildes der That", in der öffentlichen Hauptverhandlung nicht zugestanden wird. Es wird wenigstens verlangt werden müssen, daß, wenn die Richter schon Beweismittel vom Hörensagen (und so muß man wohl auch das sorgfältigst abgefaßte Verhörprotocoll nennen) hinnehmen müssen, ihnen kein Grund gegeben werde, etwas für erwiesen anzunehmen, ehe sich ihnen die Möglichkeit dargeboten, das Gewicht des dafür gebrachten Beweismittels zu prüfen. Wenn aber — wie dies so oft geschieht und geschehen muß — der Vorsitzende Thatsachen als bewiesen hinstellt und dem Angeklagten gegenüber behauptet, wenn er durch seine Fragen einzelne aus ihrem Zusammenhang gerissene Stellen der Acten zur Kenntniß seiner Collegen oder der Geschwornen bringt, ehe diesen auch nur eine Zeile eines Protocolles vorgelesen wurde; dann werden Richter und Geschworne Suggestionen und Verdächtigungen zugänglich, die möglicherweise eben so fern der Wahrheit liegen als der Ansicht des vielleicht mißverständenen Präsidenten — in den sie mit Recht das größte Vertrauen setzen; es wird sich bei ihnen eine Ueberzeugung bilden, ehe eine einzige Thatsache erwiesen wurde. Auf diese Art bringt der Präsident, „welcher im ersten Augenblick immer geneigt sein wird, den Protocollen des Untersuchungsrichters, nämlich der darin beurkundeten Aussage eines Zeugen oder Erklärung des Angeklagten Glauben beizumessen, weil er die Fähigkeit und Unparteilichkeit dieses Beamten unterstellt" [35]), Bruchstücke der Protocolle in der Anordnung, die der Gang des Verhörs nöthig macht, und aus dem Gedächtniß zur Kenntniß der Urtheilenden — während selbst der abgeschaffte Inquisitionsproceß einen vollständigen, sorgsam gearbeiteten, schriftlichen Actenauszug verlangte.

Die Schwierigkeit wird, wollte man auch mit Schlink annehmen, die Vernehmung in der Hauptverhandlung habe wirklich nur die früheren Verhöre des Angeklagten zur Grundlage, dadurch nicht gehoben, daß „der Inhalt dieser Verhöre in der Anklageschrift enthalten ist" — man müßte denn der Anklageschrift Beweiskraft zuschreiben wollen.

Möge man doch bedenken, daß die französischen Gesetze Richter und Geschworne auf das bestimmteste anweisen, nur auf ihre subjective Ueberzeugung, auf die Stimme ihres Gewissens zu horchen und sich ganz

[34]) Dr. Foelix, Ueber Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ꝛc. Carlsruhe 1843. S. 22.

dem Eindruck hinzugeben, den die Verhandlungen auf sie machen. Wer kann behaupten, Portalis habe Recht, wenn er sagt[36]): das Gewissen werde nicht wie ein sechster Sinn durch Regeln gelenkt, die der Willkür entrückt sind? In der That kann man Niemand zur Aufmerksamkeit, ja (wie sich aus einer vor kurzem bekanntgewordenen Entscheidung eines deutschen Cassationshofs ergibt) auch nur zum Wachsein zwingen. Wer kann's da verhindern, daß namentlich Geschworne, wenn sie dem Präsidenten seine Ansicht abmerken oder abzumerken glauben — bei der großen Achtung, die ihnen seine Stellung und sein Wissen einflößen müssen — Beweismittel für die entgegengesetzte Ansicht mit einem Mißtrauen, mit einer Achtlosigkeit aufnehmen, wodurch sie verhindert werden, deren Gewicht richtig abzuschätzen — oder daß sie die Beweise für eine vom Vorsitzenden als bewiesen hingestellte Thatsache nicht näher untersuchen, weil sie — diesem glauben? Muß da nicht sorgfältig geprüft und bedacht werden, was man sie hören und sehen lassen darf?[37])

Es führt uns dies zu einer dritten, nicht unerheblichen Einwendung gegen die Vornahme des Verhörs durch den Präsidenten. Hat gleich das französische Gesetz über Zulässigkeit von Beweismitteln (die Frage, in der die Engländer mit Recht den Kern aller processualischen Erörterung sehen, und an deren Lösung seit Jahrhunderten Alle arbeiteten, die in der englischen Jurisprudenz einen Namen errangen) nur einige karge durch das pouvoir discrétionnaire und die Theorie der renseignements fast unwirksam gemachte Bestimmungen, so erhebt sich doch auch in den französischen Gerichten oft ein Streit über die Zulässigkeit eines Beweismittels, einer Frage. Wenn nun der Präsident seine Stellung vergessend, wie das leider nur zu oft geschieht[38]), die Formen nicht blos, sondern auch das Jedem angeborne Billigkeitsgefühl verletzt: wer soll den Angeklagten schützen? Wenn der Mann seine Ueberlegenheit, seine Uebung mißbraucht, um den Angeklagten zu drängen; wenn er

---

[36]) In der Staatsrathssitzung vom 16. Prairial XII. S. Locré T. XXIV. p. 35.

[37]) Daß die englischen Beweisgesetze — die vorzugsweise die Bestimmung haben, zu verhindern, daß etwas vor die Geschwornen gebracht werde, was auf ihre Ueberzeugung nicht einwirken soll — so wenig Beachtung fanden, kommt wohl von der häufigen Verwechslung derselben mit den Beweistheorien, die vergebens für den deutschen Inquisitionsproceß aufgestellt wurden.

[38]) Man braucht nicht lange in der Gazette des Tribunaux zu blättern, um diese Ueberzeugung zu gewinnen; ich berufe mich übrigens auf das Zeugniß Berengers a. a. O. S. 438 fgg. und Mittermaier im Gerichtssaal 1849, Bd. I. S. 22.

sich des Letzteren bedient, um seinen Scharfsinn, seine Gewandtheit, seinen Witz im Lichte der Oeffentlichkeit glänzen zu lassen; wenn er auffahrend und rauh mit dem Eingeschüchterten umgeht: muß der Vertheidiger schweigen, denn er ist nur dem Ankläger gegenüber gestellt; dem Richter darf er nicht Opposition machen, und dürfte er einen Einwand erheben — wer entschiede darüber? — Wo soll der Angeklagte Schutz finden, wenn der unparteiische Richter in der ersten Frage die Ueberzeugung ausspricht, daß er schuldig sei; wenn er behauptet, diese Thatsache sei bewiesen, diese „werden wir beweisen?“ [39]) Was für ein Urtheil sollen die Geschwornen fällen, was für Lehren der Gerechtigkeit aus dem Gerichtssaal in den Kreis ihrer Familie bringen, wenn der Handhaber des Gesetzes in Versuchung gebracht wird, dem Angeklagten, nachdem die directe Beschuldigung, die captiöse Befragung von ihm abgeglitten, eine ganz gewöhnliche Verbrecherausrede supponirt, um ihn zum Bekenntniß zu bringen? [40])

2. Vernehmung durch den Staatsanwalt.

Allerdings fallen, bei der Vernehmung durch den Staatsanwalt allein, bedeutende Mißstände weg; seinem Ankläger wagt man wohl eher zu widersprechen, Richter sowohl als Geschworne sind gegen diesen mißtrauisch; und wenn seine Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten deutlich aus allen seinen Aeußerungen hervorsieht, findet man das natürlich — aber wartet nichts-desto weniger auf Beweise. Wenn er sich Uebergriffe bei dem Verhör erlaubt, wird auch der Vertheidiger sich einmischen können, und der Gerichtshof wird entscheiden.

Demnach wird es auch bei oberflächlicher Ueberlegung klar, daß die Vornahme des Verhörs durch den Ankläger, also die Befragung der einen Partei durch die andere, eine Verletzung des Anklageprincips ist, wie sie kaum schreiender an den Tag treten könnte. Der Angeklagte ist seinem Gegner, dem er vollkommen gleichgestellt sein sollte, während der ganzen Verhandlung preisgegeben; beständig muß er vor ihm auf der Hut sein, jeden Augenblick kann der gewandte Beamte ihm eine Frage stellen, die augenblicklich, ohne Zögern, ohne Rückhalt beantwortet wer-

[39]) Wörtlich im Proceß gegen Rouffelet und Donon (Juni 1844). S. Braun, Hauptstücke des öffentl. mündlichen Strafverfahrens. (Leipzig 1845). Beil. S. 96.

[40]) Im Fall des des Vatermords angeklagten A. Prudhomme die Frage: „Wie, Sie wollen nicht sagen, daß Sie im Zorne den Schlag geführt?“ S. Gerichtssaal 1849. II. Bd. S. 242.

den muß, wenn nicht Verdacht gegen den Befragten rege werden soll, und die doch wiederum sehr vorsichtig aufgenommen und beantwortet werden muß, weil aus der Antwort Inquirentenkunst leicht weitere, viel verfänglichere Fragen ziehen kann. — Und während so der Angeklagte fortwährend in Nachtheil versetzt werden kann, hat er nicht nur kein Recht, dem Ankläger ebenfalls Fragen zu stellen, sondern es würde dies ganz nutzlos sein, da ja die Person des Staatsanwalts in keiner Weise in die Sache verwickelt ist, dieser also mit aller Ruhe eines von keiner Gefahr Bedrohten, von der Gerechtigkeit seiner Sache nicht nur, sondern auch davon Ueberzeugten, daß Richter und Geschworne ihn mit Vertrauen anhören werden, antworten könnte.

Freilich tritt die Principienverletzung noch viel deutlicher hervor, wenn, wie im französischen Proceß, die Fragestellung durch den Generalprocurator sich an das Verhör des Präsidenten, als eine natürliche Ergänzung desselben, in fast unmerklichem Uebergang anschließt. Dem Zuhörer fällt der Unterschied in der Person des Fragenden kaum auf, und so gehen alle die gefährlichen Waffen, die das Gesetz in die Hand des vorsitzenden *Richters* gelegt, von selbst in die *des Anklägers* über, der in der That gerade daraus, daß er das Recht, den Angeklagten zu verhören, mit dem Präsidenten theilt, folgert, daß seine Stellung eine ganz andere sei, als die des Vertheidigers. „Wir dürfen nicht behaupten lassen," sagte einst der bekannte *Hébert* als Generalprocurator[61]), „daß die Rechte des Generalprocurators und des Vertheidigers dieselben seien; *der Generalprocurator hat Theil an den Rechten des Präsidenten, und richtet unmittelbar Fragen an den Angeklagten; — er kann ihn mit Fragen drängen*, um zur Entdeckung der Wahrheit zu gelangen." Man kann unmöglich schärfer hervorheben, wie unvereinbar das Recht des Anklägers, den Angeklagten auszufragen, mit den Forderungen des Anklageprincips sei, wie sehr es die Stellung der Parteien auch während der übrigen Verhandlung verrücke. Man denke nur, welchen Eindruck es auf Zeugen und Geschworne machen muß, wenn sie denjenigen, den sie als Partei, als Rechtsuchenden zu finden erwarteten, als Behörde, gewissermaßen als Herrn im Sitzungssaale walten sehen.

---

[61]) In dem schon erwähnten Proceß gegen Rouffelet und Donon, bei *Braun* a. a. O. S. 73.

II. Die Vernehmung der Zeugen.

So interessant Alles ist, was sich auf die Stellung der Zeugen im Strafverfahren bezieht, so wichtige Fragen über Zulässigkeit der Zeugen selbst, so wie gewisser Aussagen derselben in den französisch-deutschen Gesetzen über Strafproceß ungelöst sind, kann hier doch — bei dem innigen Zusammenhang jener Fragen mit der Lehre vom Beweise — die Zeugenvernehmung nur in der Richtung betrachtet werden, in welcher sie der des Angeklagten analog ist; es kann hier nur untersucht werden, von wem die Zeugen verhört werden sollen?

Auch in dieser Beziehung weicht das englisch-schottische Verfahren wesentlich vom französischen ab. Auf der britischen Insel wird es als Sache der Parteien angesehen, die Zeugen — ihre Beweismittel — vorzuführen, und über dasjenige zu befragen, was durch sie erwiesen werden soll. Die Partei, die den Zeugen vorführt, befragt ihn zuerst; sodann hat die Gegenpartei das Recht, ihr Verhör vorzunehmen (cross examination), worauf es der vorführenden Partei frei steht, ihn nochmals über solche Gegenstände zu befragen (re-examination), die im Kreuzverhör berührt wurden. Richter und Geschworne dürfen zu jeder Zeit Fragen stellen, doch geschieht dies nur selten. — Widersetzt sich eine Partei einer Frage des Gegners, so wird der Streitpunkt ausführlich erörtert und vom Gerichtshof mit um so größerer Vorsicht entschieden, da solche Entscheidung ein Präjudiz für künftige ähnliche Fälle werden kann. — Auch von Amts wegen oder auf Verlangen des Zeugen spricht sich der Gerichtshof über die Zulässigkeit von Fragen aus.

So ist die Stellung der beiden Parteien eine vollkommen gleiche; und wenn in Schottland die Kronanwälte allein das Recht haben, das Gegenverhör auf neue, im Hauptverhör nicht berührte Punkte zu lenken, so wird dieses scheinbare Vorrecht dadurch ausgeglichen, daß dem Angeklagten das Recht zusteht, denselben Zeugen auch zu seiner Vertheidigung vorzuführen, mithin ein Hauptverhör mit ihm vorzunehmen. Dazu kommt, daß bei der bewunderungswürdigen Consequenz, mit der in Schottland das Anklageprincip durchgeführt ist, jede Partei die Zeugen des Gegners zuvor über ihre Aussagen befragen kann, während in England beide Parteien ihre Beweismittel sorgfältig nicht blos vor dem Gegner, sondern auch vor dem Gerichtshof bis zu dem Augenblick verheimlichen, wo sie dieselben vorbringen.

Das französische Gesetz überträgt das Zeugenverhör nicht geradezu dem Präsidenten. Es legt diesem nur die Pflicht auf, sie über die Generalien zu befragen, und fügt hinzu: Cela fait ils déposeront oralement[42]), so daß man meinen sollte, die Absicht des Gesetzgebers sei, zuvörderst die freiwillige, zusammenhängende Aussage des Zeugen entgegennehmen zu lassen. Das bereits oben in Bezug auf den Angeklagten angeführte 3. Al. des Art. 319 gibt dem Präsidenten nur ein — durch Gerichtsgebrauch freilich zur Pflicht gewordenes — Recht zur Befragung des Zeugen. Dasselbe Recht wird auch den beisitzenden Richtern, den Geschwornen und dem Generalprocurator gegeben, sofern sie vom Vorsitzenden das Wort erhalten haben. Der Angeklagte und dessen Vertheidiger können dagegen — sowie die Civilpartei — nur durch das Organ des Präsidenten Fragen an die Zeugen stellen, selbst wenn diese etwa auf ihr Verlangen vorgeladen wurden. — Nach bisherigem Gerichtsgebrauch nimmt das Zeugenverhör der Vorsitzende vor; beisitzende Richter, so wie Geschworne, ja auch der Staatsanwalt, stellen nur wenige Fragen zur Ergänzung oder Aufhellung des Gesagten. Noch seltener macht der Vertheidiger von seinem peinlich beschränkten Rechte Gebrauch, um so häufiger von der Befugniß, „sowohl gegen die Person des Zeugen als auch gegen dessen Aussage Alles zu sagen, was zur Vertheidigung dienlich scheint;" der Angeklagte selbst benutzt diese Befugniß nicht selten zu Störungen der Ordnung.

Ob das Verhör der Zeugen vom Präsidenten oder von den Parteien vorgenommen werden soll, ist allerdings mehr eine Frage der Zweckmäßigkeit als des Princips. Denn kann auch nicht verkannt werden, daß Vieles von dem, was vorhin gegen die Vernehmung des Angeklagten durch den Präsidenten gesagt wurde, auch hier gilt, daß, wenn dem Anklageprincip entsprechend den Parteien obliegt, den Beweis zu führen, es ganz inconsequent und wenigstens der Form nach inquisitorisch ist, wenn der Richter die Beweise aus dem Munde der Zeugen sammelt so kann man doch nicht behaupten, daß die Principienverletzung so bedeutend wäre, daß man um ihretwillen wesentliche, mit dieser Verfahrungsweise verknüpfte Vortheile opfern sollte. Solche sind aber keineswegs vorhanden, vielmehr scheint mir auch aus Zweckmäßigkeitsgründen das englische Verfahren den Vorzug vor dem französischen zu verdienen. Hat

[42]) Art. 317 Code d'Instr.

auch der Präsident die Acten der Voruntersuchung gelesen, so kann doch nicht erwartet werden, daß er jedes für die eine oder die andere Partei wichtige Moment nicht nur, sondern auch den Namen des Zeugen im Gedächtniß habe, durch den es in der Voruntersuchung zur gerichtlichen Kenntniß gelangte; überdies können auch in der Voruntersuchung nicht vernommene Zeugen vorgeladen werden, von deren Aussage der Präsident also gar nichts weiß. Hingegen weiß jede Partei sehr wohl, welche Umstände sie durch einen gewissen Zeugen beweisen will. Während demnach das Verhör in England und Schottland sogleich auf die Hauptsache gebracht, auf diese beschränkt und deshalb nicht nur rasch beendigt wird, sondern auch das, was zu beweisen war, viel schärfer hervorhebt (was bei Schwurgerichten namentlich ein sehr wichtiger Umstand ist), muß man in Frankreich den Zeugen zunächst sprechen lassen „über das, was er von der Sache weiß;" dabei bekommt der Gerichtshof nicht selten eine Aussage de omnibus rebus et quibusdam aliis, und es kostet Mühe, bis der Präsident oder die Parteien den Zeugen endlich auf den Gegenstand bringen, in Bezug auf welchen seine Aussage erforderlich ist. Hält man nun vor Augen (worauf die englische Praxis ein so großes Gewicht legt), daß nie den Geschwornen etwas vorgelegt werden sollte, was nicht unmittelbar zur Sache gehört; so sieht man wohl, daß, wenigstens bei Geschwornengerichten, der Zeitverlust der bei weitem unwichtigere Nachtheil des französischen Verfahrens ist. Wie aber der Zunge des Zeugen nicht freier Lauf gelassen wird, sondern der Fragende dem Verhör eine bestimmte Richtung zu geben sucht, zeigen sich neue Nachtheile der Vernehmung durch den Präsidenten. Wenn, wie früher gezeigt, kaum denkbar ist, daß dieser ohne vorgefaßte Meinung über den Fall den Sitzungssaal betrete — und nach der Vernehmung des Angeklagten ist dies noch weniger anzunehmen — so wird er bei allem Zwange, den er sich anthut, selten vermeiden, daß er die Fragen im Interesse dieser seiner Ansicht stelle — mithin die eine Partei vor der anderen begünstige; ja er wird nicht einmal immer verhindern können, daß die Anwesenden seine Ansicht aus der Fragestellung errathen, und damit treten alle jene Nachtheile ein, die wir bei Betrachtung der analogen Folgen des Angeklagtenverhörs kennen lernten. Jedenfalls aber ist die Stellung des Richters, der genöthigt ist, sich solchen Zwang anzuthun, eine ungemein peinliche.

Auch darauf wurde schon früher hingewiesen, daß gegen etwaige Mißgriffe des Präsidenten in der Fragestellung keine Einwendung zu-

läſſig iſt, ja ſelbſt gegen parteiiſches und willkürliches Verfahren bei der franzöſiſchen Einrichtung kein Schutz geboten iſt.

Der Präſident ſoll am Schluß des Beweisverfahrens deſſen Ergebniſſe zuſammenfaſſen, und doch will man ihm nicht geſtatten, mit Rückſicht auf dieſe wichtigſte ſeiner Functionen, die Beweiſe in ruhiger Betrachtung an ſich vorübergehen zu laſſen! Kann man ſo vergeſſen, daß im Getümmel ſelbſt keine Ueberſicht möglich iſt, und von einem an der Sache Betheiligten keine allſeitige Betrachtung derſelben zu erwarten iſt?

Wie unzweckmäßig es übrigens auch ſonſt iſt, die ganze Laſt des Beweisverfahrens in verwickelten Fällen einem Manne aufzubürden, ſtatt ſie unter die Parteien zu vertheilen, zeigt ſich auch an der — zum Theil wenigſtens — durch häufige Unterbrechungen der Sitzung veranlaßten längern Dauer der franzöſiſchen Hauptverhandlungen. — In der That ſcheint es, als hätte man in Frankreich dem Zeugenverhör nur deshalb ſeine jetzige Einrichtung gegeben oder vielmehr gelaſſen (im Geſetz iſt ſie nicht ausdrücklich vorgeſchrieben), weil man, vom früheren Proceß daran gewöhnt, bei des letzteren abſchreckenden Mißbräuchen Uebelſtände von weniger auffallender Natur nicht wahrnahm und mit den Vortheilen der engliſchen Verhörweiſe nicht bekannt war. Selbſt Duport, ſonſt geneigt, dem engliſchen Muſter möglichſt treu zu bleiben, ſcheint an die Möglichkeit einer Aenderung des in dieſer Beziehung bisher Gebräuchlichen nicht gedacht zu haben; in ſeinem der Nationalverſammlung vorgelegten Plane heißt es blos (Art. 20): „On entendra les témoins“ [43]). In den Code d'Instruction wurden die entſprechenden Beſtimmungen des Code des délits et des peines ohne Debatte unverändert aufgenommen.

Dagegen zeigt ſich in Bezug auf die Stellung der Parteien zum Zeugenverhör, die wir jetzt erörtern müſſen, eine abſichtliche Abweichung des Code d'Instruction vom Geſetzbuch vom 3. Brumaire IV. Dieſes ſtellt im Art. 353 Ankläger und Angeklagten vollkommen gleich, indem es auch Letzterem und deſſen Vertheidiger das Recht gibt, Fragen an den Zeugen zu richten. Der Code d'Instruction gibt den beſchränkenden Zuſatz: „par l'organe du président“ (Art. 319). Daß damit nicht Be-

[43]) Buchez et Roux T. V. p. 221.

nachtheiligung des Angeklagten, also Verletzung des Anklageprincips beabsichtigt wurde, beweist zwar nicht der Umstand, daß die Veränderung weder im Staatsrath, noch in der gesetzgebenden Versammlung einer Erwähnung gewürdigt wurde (denn das kommt wohl sonst noch vor), noch auch der, der betreffenden Stelle des älteren Gesetzes im Code d'Instruction gleichsam zur Angabe des Motivs vorgesetzte Satz: „Le témoin ne pourra être interrompu"—(denn in Gesetzen dieser und selbst einer späteren Periode sind solche maskirende Motivirungen nicht selten) — wohl aber die Gleichstellung der Civilpartei mit dem Angeklagten in dieser Beziehung. Dieser Umstand läßt auf die Veranlassung der Neuerung schließen. Die Nationalversammlung hatte die Vertheidigung im Criminalproceß jedem vom Vertrauen des Angeklagten hiezu Berufenen erlaubt; nun mochten hieraus, besonders unter dem Einfluß der allgemeinen Aufregung jener Zeiten, Unordnungen, Verletzungen des Anstands, vielleicht Prävaricationen aller Art entstanden sein. Auf Abhilfe bedacht, begnügte man sich (le mieux est toujours l'ennemi du bien) nicht damit, blos Advocaten zur Vertretung zuzulassen, sondern glaubte dem Präsidenten die Censur der Fragen übertragen zu müssen, die nicht von einem Organ der Staatsgewalt ausgehen; an das Princip, das so arg damit verletzt wurde, zu denken, daran war man eben damals nicht gewöhnt.

Daß aber der Angeklagte in großen Nachtheil dadurch versetzt wird, daß seinem Gegner freie Hand beim Verhör gelassen wird, während er selbst, dem ohnehin die imponirende Stellung der Staatsanwaltschaft abgeht, wesentlich beschränkt wird, muß Jeder einsehen, der erfahren hat, wie sehr eine Antwort durch die Fragestellung modificirt werden kann. Der Angeklagte wird hier gerade in demjenigen Rechte beeinträchtigt, das die englische Erfahrung als das wichtigste erkannte, als das wirksamste Schutzmittel gegen meineidige Zeugen. Es hat sich immer gezeigt, daß die Lüge dadurch am besten an den Tag gebracht wird, daß man den Zeugen nöthigt, ohne nachzudenken, über kleine Umstände Auskunft zu geben, die ihm wohl bekannt sein müßten, wenn er die Wahrheit sagt, an die er aber bei noch so bedachter Ausfinnung lügnerischer Angaben kaum denken konnte. Dabei muß es natürlich vor Allem darauf ankommen, daß die Fragen mit einer Raschheit auf den Zeugen eindrängen, die ihm keine Zeit zum Nachdenken läßt; denn nur so kann man hoffen, den gewandten Lügner in Wider-

spruch mit sich selbst zu bringen und zu entlarven. Dieses Mittels kann sich bei der französischen Einrichtung der Generalprocurator leicht bedienen, für den Angeklagten ist es nicht vorhanden. Denn „bittet der Angeklagte oder dessen Vertheidiger," so sagt ein erfahrener Franzose, „den Präsidenten, eine Frage zu stellen, so beurtheilt dieser zunächst deren Zulässigkeit; manchmal weigert er sich, sie zu übermitteln, oder wenn er sich dazu entschließt, geschieht es selten ohne Veränderungen."[44]) Aber auch, wenn die Frage sogleich und ohne Veränderung wiederholt wird, oder wenn man dies umgeht und der Präsident einfach die Beantwortung erlaubt, hat der Zeuge Zeit gewonnen. — vielleicht Rath gewonnen. — Wie unnatürlich und lächerlich ist übrigens dieses Hin- und Herschicken der Fragen, insbesondere, wenn der Angeklagte Zeugen vorladen ließ, die in der Voruntersuchung nicht vernommen wurden, und nun der Präsident nicht weiß, was er fragen soll![45])

Man hat zur Vertheidigung dieses Verfahrens gesagt (und zwar thaten dies nicht blos solche, die den Angeklagten unbedenklich vom Präsidenten und Staatsanwalt „examiniren" lassen), es dürfe der schüchterne, unbescholtene Zeuge nicht dem geübten, schmäh- und ränkesüchtigen Advocaten preisgegeben werden; allein abgesehen davon, daß es auch andere als redliche und schüchterne Zeugen gibt, kann man wohl darauf rechnen, daß weder der Staatsanwalt noch der Gerichtshof ermangeln würden, den Zeugen gegen Uebergriffe in Schutz zu nehmen, was sie gerade bei der im Code d'Instruction getroffenen Anordnung nicht immer können. „Wird schon bei uns," so folgert ein wichtiger Vertheidiger dieser Anordnung, „obwohl (?) die Vertheidiger nur durch die Vermittlung des Präsidenten Fragen stellen dürfen, darüber häufig geklagt, daß manche Vertheidiger ... sich die gehässigsten Ausfälle gegen manche Zeugen erlauben; so denke man sich, was wohl geschehen würde, wenn ihnen das Kreuzverhör in die Hand gegeben wäre."[46]) Man darf wohl annehmen, daß, wenn dem Vertheidiger Gelegenheit gegeben wäre, seine Gewandtheit durch geschickte Anwendung des Kreuzverhörs zu zeigen, und die lockendste Versuchung zur Zeugenverunglimpfung — die Motivirung der Frage — wegfiele, er weniger geneigt sein dürfte, Ein-

[44]) Berenger p. 461.

[45]) C. Comte, Considérations sur le pouvoir judiciaire (in seiner Ausgabe von Philipps), Paris 1828. p. 184 sq.

[46]) Schlink im Gerichtssaal 1849, Bd. I. S. 356.

wendungen gegen den Charakter des Zeugen zu machen; jetzt kann er nur dies thun, will er nicht bis zum Plaidoyer ganz unthätig bleiben.

So wie beim Wegfall des Angeklagtenverhörs könnten Wahrheit und Gerechtigkeit, Ordnung und Anstand der öffentlichen Verhandlung nur gefördert werden, es könnten die Zeugen nur dabei gewinnen, wenn — statt des nutzlosen Rechtes gegen zugelassene Zeugen sogleich zu sagen, „was zur Vertheidigung dienlich ist," das so viele Verunglimpfungen veranlaßt, — dem Angeklagten die Freiheit gewährt würde, unmittelbar Fragen an die Zeugen zu stellen.

XII.

Ueber die Verſetzung in Anklageſtand.

A.

Ueber die Versetzung in Anklagestand bei schweren Verbrechen.

(Archiv f. Crim.-Recht 1852, S. 59 ff., S. 252 ff.)

§. 1.

Selten noch ist durch langjährigen Gelehrtenstreit so wenig für die Klärung des Begriffes, um den der ganze Streit sich drehte, geschehen, als durch die Polemik über die Wiedereinführung des Accusationsprocesses; ja, man kann behaupten, es habe diese Polemik eben recht dazu geholfen, den Begriff ins Unklare zu ziehen. Von erbitterten Gegnern auf der einen, von schüchternen Verfechtern, die mit der Forderung des vollen Ganzen nicht durchzubringen oder wenigstens Aergerniß zu geben fürchteten, auf der anderen Seite, ward statt des Wesens des Anklageprocesses nur demselben Aeußerliches hervorgehoben, und zwar bald das eine, bald das andere Aeußerliche, so daß eigentlich nur das constant war, — daß das Anklageprincip dem Inquisitionssystem entgegengestellt wurde. Bald war es der erste Anstoß zur Eröffnung des Strafverfahrens, bald der mehr oder minder feierliche Moment der Endentscheidung, um den die Vergleichung sich drehte; bald handelte es sich darum, die gegenseitige Stellung der bürgerlichen Gesellschaft und des Angeklagten bei dem einen und dem anderen Verfahren zu erörtern, oder der besseren Anwendbarkeit anderer eben in den Vordergrund gestellter proceßualischer Elemente bei dem einen oder anderen Verfahren Rechnung zu tragen; und nach diesen Richtungen hin wurde dann die Frage sehr gründlich, namentlich mit Hinweisungen auf die Erfahrungen in der Gerichtspraxis, erörtert. Da aber das Inquisitionsprincip nicht überall in voller Reinheit durchgeführt war, sondern bald da, bald dort ein Element des accusatorischen Processes sich erhalten hatte, während

umgekehrt dieser in dem Lande, dessen Einrichtungen zunächst zum Vergleichungspunkte dienten — in Frankreich — mit inquisitorischen Elementen in hohem Grade versetzt war: konnten alle diese Erörterungen nur wenig dafür thun, den Begriff des reinen Accusationsprocesses in seiner vollen Schärfe zu entwickeln, und irrige Auffassungen zu beseitigen, zu denen vorzüglich die beiden Losungsworte der streitenden Parteien: Accusation und Inquisition, Anlaß gaben.

Nicht darauf nämlich kommt es im Wesentlichen an, ob die Staatsgewalt unaufgefordert für die Bestrafung der Verbrechen Sorge trägt, oder die Klage des Verletzten oder eines anderen Privaten abwartet; ferner wird, in was immer für einer Weise die Schuld festgestellt und das Urtheil geschöpft wird, in weitaus den meisten Fällen ohne Nachsuchung die Bestrafung von Verbrechen nicht möglich sein; auch ist kein Zustand der Strafrechtspflege denkbar, in dem nicht die Anklage, unter was immer für Formen die Technik sie verdeckt, die Hauptrolle spielte. — Es handelt sich in letzter Instanz immer darum, ob ein Proceß, ein Rechtsstreit geführt, — das heißt, über einander widerstreitende Rechtsansprüche ein richterliches Urtheil gesucht und erlangt wird, — oder ob Recht und Unrecht, Schuld und Unschuld durch ein Verfahren geschieden werden sollen, das einer chemischen Analyse, einer ärztlichen Diagnose analog sein mag, aber mit regelmäßiger, richterlicher Thätigkeit nicht die entfernteste Aehnlichkeit hat. Denn es gilt für diese als oberstes Gesetz jene Wahrheit, die in einem bekannten Sprichworte den entsprechendsten Ausdruck fand: „Wo kein Kläger, ist kein Richter!" — Wie nämlich der Proceß als Ganzes, so muß jeder einzelne Act richterlicher Thätigkeit im Processe eine Entscheidung über einander widersprechende Angaben enthalten; denn nicht nachforschen, sondern auf die vorliegende Thatsachen das Recht anwenden, ist Sache des Richters. Allerdings mag die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft das Bedürfniß fühlbar gemacht haben, dem Verbrechen und dessen Urhebern nachzuforschen, nicht blos von Vortheil und Ermessen der Privatpersonen es abhängen zu lassen, ob der Ausspruch des Richters über eine gegebene verbrecherische That gefordert werden solle oder nicht; daraus folgt aber nur die Nothwendigkeit, eigene Beamte aufzustellen, die die nöthigen Nachforschungen vornehmen, und sich durch diese die Mittel zu verschaffen, den Proceß, wenn ein solcher geboten erscheinen sollte, mit Erfolg zu führen; es folgt daraus aber nicht, daß mit dieser nachfor-

schenden, beweissammelnden Parteithätigkeit auch nur einen Augenblick die richterliche vereinbar wäre. Wenn also der ganze Entwicklungsgang, den der Strafproceß bis jetzt durchgemacht, nöthig gewesen sein mag, um ihn vom Boden des bloßen Privatrechtes, auf dem er bei jedem Volke in den Anfängen seiner Geschichte steht, abzulösen; so haben wir doch jetzt, wo allerdings schon wieder ein großer Schritt zurück zur ursprünglichen richtigen Auffassung der richterlichen Thätigkeit im Strafverfahren gemacht wurde, noch immerhin einen weiten Weg in dieser Richtung zurückzulegen.

Nur daraus, daß wir noch weit, sehr weit von natürlichen Zuständen in diesem Gebiete der Rechtsübung entfernt sind, läßt sich's erklären, daß die Wissenschaft über eine Frage noch im Unklaren sein kann, die bei gesunder Gliederung des Processes gar nicht aufgeworfen werden könnte, über die Frage nämlich: wann ein gegebener Proceß beginne, und wann er als eröffnet zu betrachten sei?

So lange nämlich im Proceß der Richter nur das Vorbringen zweier Parteien zu hören und darüber zu entscheiden hat, so lange vor ihm nur zwei mit gleichen Waffen kämpfende, ihm gleich fern stehende Parteien erscheinen, ergibt es sich ganz von selbst, daß der Proceß eröffnet ist, sobald der Ankläger sich zum Beweise der Schuld bereit erklärt: — die Thätigkeit, die nöthig sein sollte, um dem Ankläger die Führung des Processes möglich zu machen, nimmt in der Regel nicht den Richter, sondern eben nur den Ankläger in Anspruch, und gehört deshalb nicht in das Bereich des Processes selbst. Nur wo das Gesetz, um den Parteien die Aufbringung der Beweise möglich zu machen, ihnen gewisse Rechte überträgt, wird es natürlich nöthig, daß, um Willkürlichkeiten vorzubeugen, jeder, der ein solches Recht beansprucht, vor dem Richter die Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen nachweise. Daß aber diese richterliche Thätigkeit dem eigentlichen Processe nicht anheimfalle, ergibt sich schon daraus, daß das von der Partei in Anspruch genommene Recht (z. B. eine Haussuchung vorzunehmen, Zeugen zu laden, oder das in Schottland anerkannte Recht, von den als Zeugen Vorgeladenen schon voraus über den Umfang ihrer Aussagen Auskunft zu fordern, und sie für den Fall, daß ihr Erscheinen zweifelhaft wird, verhaften zu lassen)[1]) nicht einmal immer auf die Person oder das Besitz-

[1]) Alison, Practice of the Criminal Law of Scotland. (Edinb. 1833) pag. 398.

thum der Gegenpartei directe Einwirkung haben muß. — So lange ferner der Richter, ohne Partei nehmen zu müssen, zwischen den beiden mit gleichen Rechten ausgerüsteten, mit gleichen Waffen streitenden Gegnern steht, so lange also ein Leid dem Angeklagten erst vom Ausgange des Processes droht, während auch der Ankläger diesem Ausgang nicht mit voller Ruhe entgegensehen kann[2]): wird natürlich die Erhebung der Anklage blos vom Ermessen des Anklägers abhängen können, und dem Angeklagten fast nie gestattet werden, die Erheblichkeit der Anklage schon voraus zu bestreiten, mithin auch der Richter nicht berechtigt werden, darüber sich auszusprechen, ehe es zur Endentscheidung kommt. In diesem Stadium bleibt indeß der Strafproceß nie lange stehen; gewöhnlich befindet sich nämlich bei Völkern, die das Strafrecht noch so vollkommen als Privatsache ansehen, das strafrichterliche Amt in den Händen großer, nicht ohne bedeutende Opfer zu versammelnder Körperschaften, vielleicht des ganzen Volkes; begreiflicherweise wird da bald eine Vorkehrung nöthig gefunden werden, damit nicht wegen von Anfang an unzulässiger Anklagen der Gerichtshof versammelt werde[3]). Ferner wird bei solchen Völkern in der Regel das Recht, anzuklagen, als eines der — wenn das Wort noch erlaubt ist — Grundrechte des Bürgers angesehen, und es kann daher nöthig werden, vor Beginn des Processes sich darüber zu entscheiden: wem von mehreren Bewerbern eigentlich im gegebenen Falle das Recht zustehe, die Anklage zu erheben? Endlich werden in den ersten Zeiten der Völker weit mehr Verbrechen mit offener Gewaltthat, als mit Schlauheit ausgeführt; der Thatbestand ist daher ein sehr einfacher, die Beweisführung jedenfalls nicht complicirt, ja oft unnöthig, weil nicht selten der Angeklagte viel zu trotzig ist, seine That zu läugnen. Wie aber nun die Verhältnisse sich einigermaßen verwickeln, und aus dem ursprünglichen Zustande der Rohheit sich herausheben, wird natürlich auch die Beweisführung eine viel complicirtere, die Gefahr ungerechter Verurtheilung nimmt zu mit der Anzahl heimlich und listig vollführter Verbrechen; bei noch so günstiger Stellung des Angeklagten wird der

[2]) Die römischen Calumienstrafen (L. 1. §. 1. L. 3. §. 4. D. ad S. C. Turp. (48, 16) sind bekannt; ähnliche oft sehr scharfe Anordnungen in den Legg. Barb.: zusammengestellt in Filangieri, Scienza di Legislaz. III. c. 2.

[3]) Z. B.: weil der Angeklagte eben vom Staatsdienste in Anspruch genommen ist und erst nach Ablegung seines Amtes belangt werden darf. Vrgl. Geib, Geschichte des röm. Criminalprocesses. (Leipzig 1842) S. 266 ff.

Fall immer denkbarer, daß durch scheinbare, ja durch gänzlich verfälschte Beweismittel der Richter irregeführt werde, und bei der Größe der drohenden Gefahr ist schon der Zustand des Reates ein höchst peinlicher. Nun wird es wünschenswerth, unzuverlässige Personen sogleich von der Erhebung der Anklage abzuschneiden, und es wird deshalb vor Beginn des Processes eine richterliche Entscheidung darüber nöthig, ob nicht nach den Bestimmungen der Gesetze der Ankläger vom Anklagerecht im Allgemeinen oder im gegebenen Falle vollkommen auszuschließen sei?

Wir sehen diese Zustände des Strafprocesses vielleicht am ausgeprägtesten im Strafverfahren Roms zur Zeit der Republik. Die Erhebung der Anklage steht in der Regel jedem Bürger zu; — nur nach und nach wurden immer mehr und mehr Personen von diesem Rechte ausgeschlossen, das nun auf Andere als Pflicht überging[4]). Konnte hier der Ankläger Sicherheitsleistung vom Angeklagten fordern, so lastete doch auf ihm auch die Verpflichtung zur Durchführung der Anklage; hatte er das Recht, Nachsuchungen anstellen zu lassen, so durfte der Gegner ihn unter Ueberwachung stellen. Wurde es später, bei weiterer Ausbildung der strafrechtlichen Begriffe nöthig, die Anklage durch die inscriptio zu präcisiren, und wurde deshalb der Angeklagte angehalten, der bloßen Behauptung schon Rede zu stehen[5]), so konnte er sich doch ganz in der Weise des beim englischen Arraignment üblichen Verfahrens auf eine allgemeine Verneinung beschränken[6]), und mußte nach Analogie der interrogatio in jure im Civilproceß nur so weit auf die Fragen sich einlassen, als nöthig war, um auch im Interesse der Vertheidigung den Gegenstand der Beweisführung festzustellen[7]). — Der Magistratus hatte, sobald entschieden war, wer als Ankläger auftreten solle, und sobald von diesem die Anklage festgestellt worden, nur noch die Proceßfristen zu bestimmen, und damit nahm denn der eigentliche Proceß seinen Anfang.

In dem Maße jedoch, als die Ueberzeugung sich Bahn bricht, daß durch jedes Verbrechen weit mehr als das Recht des Einzelnen der öffentliche Rechtszustand verletzt werde, daß es daher mit der Anklage

[4]) Geib a. a. O. S. 515—524.

[5]) Z. B. Ajo te Siculos spoliasse. S. Geib a. a. O. S. 274.

[6]) Si negasset, petebatur a magistratu dies inquirendorum criminum et instituebatur accusatio heißt es in der oft citirten Stelle in (Pseudo-) Asconius, Commentar zur Actio I. in Verrem.

[7]) Savigny, System S. 305. III. B. S. 20 ff. — Filangieri III. 6.

im Strafverfahren eine andere Bewandtniß haben könne, als mit der Klage im Civilrechtsstreite, macht sich die Ansicht mehr und mehr geltend, daß es nicht blos vom Ermessen der Privatpersonen abhängen dürfe, ob eine gewisse Anklage unterbleiben solle, und daß es nicht mehr ein Act der Justizverweigerung sei, wenn nicht jede Privatperson in der Lage sich befindet, eine Anklage zu erheben, die dem Richter zur Pflicht machte, ein entscheidendes Urtheil auszusprechen. — Wie ferner die Wirksamkeit der Staatsbehörden sich immer weiter ausbreitet, und ihr Interesse an der Bestrafung von Gesetzesübertretern immer deutlicher erkannt wird, wird die Lage des Angeklagten immer ungünstiger; er wird nicht mehr als Partei behandelt, der eine andere zur vollen Beweisführung verpflichtete Partei gegenübersteht. Zunächst wird seine Ehre dadurch angegriffen, daß die öffentliche Meinung ihm nicht eine bloße Privatperson gegenüberstehen sieht, und deshalb jetzt schon am Anfange des Processes für gewiß annimmt, was erst durch das Endurtheil zur Gewißheit wird. Der Angeklagte wird jetzt selbst zum Beweisstück, an dem der Ankläger mit Genehmigung des Richters vielleicht gar der parteinehmenden Richter selbst Experimente aller Art vornimmt, um aus ihm Beweise gegen ihn zu gewinnen. Je günstiger hiebei die Stellung des Anklägers ist, desto länger wird das Eintreten jener Periode verzögert, wo endlich doch, allerdings gestützt auf das gewaltige Material, das mit Hilfe einer starken Executivgewalt und vielleicht auch durch die Schwäche des Angeklagten selbst zusammengebracht wurde, der Ankläger auf den eigentlichen Proceß sich einlassen muß, d. h. auf ein Verfahren, in dem dem Richter zwei Parteien gegenüberstehen, deren eine noch dazu eine rechtliche Vermuthung für sich haben soll. — Zu gleicher Zeit vermehren und verwickeln sich bei vorrückender Civilisation die Verbrechen einerseits, andererseits die Strafgesetze; immer mehr Handlungen werden zu verbotenen; und wie es schwerer wird, das eigentlich Vorgefallene festzustellen, so wird jetzt auch viel häufiger als sonst die Frage aufgeworfen: ob wohl die vielleicht vollkommen deutlich erkennbare Handlung eine verbotene, eine strafbare gewesen? Hiedurch nun stellen sich nach und nach in der Strafrechtspflege folgende Axiome fest:

1) In der Regel soll nur die Staatsbehörde die Einleitung eines Strafprocesses gegen ein bestimmtes Individuum veranlassen können.

2) In den nun nicht blos gefährlichen, sondern auch höchst pein-

lichen Anklagezustand soll niemand anders als unter Beobachtung gewisser gesetzlich festgestellter Vorsichtsmaßregeln versetzt werden.

3) Zur Aufbringung der Beweismittel geht dem eigentlichen Processe ein immer mehr an Ausdehnung zunehmendes Vorverfahren voran; der Angeklagte muß also die Mittel erlangen, diesem ein Ende zu machen, und sein Recht, nur einer deutlich festgestellten Anklage Rede stehen zu müssen, zur Geltung zu bringen.

4) Nicht blos die dieser Anklage zu Grunde liegende Thatsache, sondern auch deren rechtliche Natur muß festgestellt und endlich im Zweifelsfall entschieden werden, vor welchem Richter der Proceß zu führen sei.

Zur Erreichung dieser Zwecke finden wir nun in den Ländern, in denen das Anklageprincip gilt, oder nach Beseitigung des Inquisitionsprocesses nominell wenigstens wieder zur Geltung gelangte, verschiedene Wege eingeschlagen. Der Act, mit welchem der eigentliche Proceß eröffnet wird, stellt sich uns in drei verschiedenen Hauptformen dar. Am nächsten den Formen des reinen Anklageprocesses steht das schottische Verfahren; etwas mehr inquisitorisches Element enthält schon das aus ganz eigenthümlichen Verhältnissen entwickelte in England und im Wesentlichen auch in Nordamerika beobachtete Verfahren. Von beiden wesentlich verschieden, obgleich zum Theil unter dem Einflusse des letzteren herangebildet, zeigt sich die französische Anklagestandversetzung (Mise en accusation).

§. 2.

In Schottland steht in der Regel die Anklage nur den Kronanwälten, dem Lord Advocate und dessen Stellvertretern zu. Die Einleitung des ausschließend im Interesse der Anklage und unter deren Einflusse geführten Vorverfahrens wird vom Fiscalprocurator bewirkt. Der Fiscalprocurator sammelt die vorhandenen Beweismittel und führt sie dem Sheriff vor, theils allerdings zu deren Beglaubigung für den Fall, daß sie später nicht unmittelbar wieder hergestellt werden könnten, vorzüglich aber, um vom Richter die Einziehung des Angeklagten und allenfalls die Erlaubniß zur Vornahme von Haussuchungen zu erlangen[8]). Freilich wird nicht selten der Vorführungsbefehl ertheilt, ehe eine

[8]) Alison a. a. O. S. 141 und 146.

Zeugenvernehmung stattfand; ja selbst die Vernehmung des Angeschuldigten findet häufig früher statt. Dieser Vernehmung kann sich der Angeklagte wohl entziehen; allein da angenommen wird, daß sie eben nur zu seinen Gunsten stattfinde, würde seine Weigerung, auf dieses gefährliche Vertheidigungsmittel einzugehen, seine Freilassung in den meisten Fällen unmöglich machen[9]). Das ganze übrige Strafverfahren wird, wie schon bemerkt, ausdrücklich als ex parte proceeding, als Verfahren zu Gunsten des Anklägers, vorgenommen und hat zunächst nur den Zweck, dem Sheriff zu beweisen, daß die Staatsanwaltschaft allerdings genügende Gründe habe zu fordern, daß durch Bürgschaft oder Verhaftung des Angeschuldigten dessen Erscheinen vor Gericht gesichert werde. Die Aufzeichnung der in dieser Absicht erhobenen Zeugenaussagen, die übrigens unter Aufsicht des Sheriffs der Fiscalprocurator besorgt, hat dabei noch einen anderen Zweck. Diese Acten werden nämlich dem Lord Advocate oder dessen Stellvertreter für den betreffenden Assisenbezirk vorgelegt; dieser, je nachdem er die (ihm persönlich obliegende) Durchführung der Anklage für möglich hält oder nicht, verfügt entweder die Freilassung des Angeschuldigten, oder erhebt (nachdem er die allenfalls noch nöthigen Nachforschungen angestellt und, wo es sich um eine nur mit geringer Strafe belegte That handelt, die Sache dem zuständigen Untergericht übergeben) die förmliche, genau festgestellte Anklage gegen den Angeschuldigten in einer an diesen gerichteten Zuschrift die zugleich die Aufzählung sämmtlicher Beweismittel enthält[10]). Nur wenn diese Anklageschrift fünfzehn Tage vor dem zur Hauptverhandlung bestimmten Termine (diet) dem Angeklagten zugestellt wurde, ist dieser zu erscheinen und sich zu verantworten verpflichtet; wie er umgekehrt, sobald er in Haft oder Bürgschaft gezogen wurde, durch die Acte von 1701 die Mittel erhält, den Ankläger zur Einbringung der Anklage binnen sechzig und zur Durchführung derselben binnen weiteren vierzig Tagen zu nöthigen, und bei Nichteinhaltung dieser Fristen seine augenblickliche Freilassung zu erlangen. Von dem Augenblick an, wo der Angeklagte vor den Schranken des Gerichtshofes erscheint, kann der Anklä-

[9]) Die Fragen stellt meistens der Ankläger; der Angeklagte muß über sein Recht, die Antwort zu verweigern, belehrt werden. Alison pag. 131. Hume II. 81.

[10]) Ueber die Förmlichkeiten der Anklageschrift s. mein engl. schottisches Strafverfahren (Wien 1850) §. 264. Eine sehr interessante Anklageschrift ist mitgetheilt in Mittermaier, Das engl., schott. und nordam. Strafverfahren. Erlangen 1851. S. 254.

ger an der Anklageschrift nur zu dessen Vortheil Veränderungen (d. h. Ausstreichungen) vornehmen. Hat dann der Angeklagte „Nicht schuldig" plädirt, so steht es ihm frei, gegen die Erheblichkeit der Anklage Einwendungen vorzubringen; jedenfalls muß der Gerichtshof ein Interlocut über die Erheblichkeit (Interlocutor of Relevancy) erlassen, wobei er zu erwägen hat, ob die Anklageschrift formell richtig sei, ob sie auf ein in den Strafgesetzen vorgesehenes Verbrechen gehe: ob die in derselben auseinandergesetzten Thatsachen den Thatbestand des angegebenen Verbrechens enthalten und in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise dargelegt seien. „Denn," sagt ein schottischer Schriftsteller, „es ist nicht billig, eine Partei der Qual, Angst und den Kosten einer Schwurgerichtsverhandlung wegen solcher Angaben auszusetzen, welche am Ende nicht erheblich genug befunden würden, um Schuld nachzuweisen, oder daß die Jury an die Erfüllung ihrer geheiligten Pflichten unter Formen gehe, die vielleicht nie zu einem praktischen Resultate führen."[11])

So ist in Schottland für die Einhaltung der oben angegebenen Gesichtspunkte bei der Versetzung in Anklagestand gesorgt. Die Erhebung der Anklage ist den Beamten der Executivgewalt überlassen[12]). Gegen allzu leichtsinnige Anklagen schützt in höchst wirksamer Weise die Anordnung, daß der Advocat, der eine Anklage vorbringt, in der Regel auch die Verpflichtung übernimmt, sie vor den Assisen durchzuführen; lastet gleich in dieser Beziehung keine so scharfe juristische Verantwortung auf den Kronanwälten, wie auf dem Fiscalprocurator oder auf einem Privatankläger, so ist doch die moralische Verantwortung und die Gefährdung des Rufes als Fachmann bei der uneingeschränkten Oeffentlichkeit der Verhandlungen um so größer; nicht leicht wird ein Kronanwalt einen Fall vor den Circuit court bringen, ohne wenigstens einige Aussicht auf Erfolg zu haben. Uebrigens läßt sich dieses am besten durch Ziffern nachweisen. In den Jahren 1821 bis einschließlich 1823 belief sich die Anzahl der jährlich auf Anordnung des Lord Advocate Angeklagten im Durchschnitt auf 128[13]) bei einer Durchschnittszahl von 589 Angeschuldigten (also ungefähr 21 %); dazu kommen noch

[11]) Alison pag. 373.

[12]) Dies geht so weit, daß selbst diejenigen Privatanklagen, die gegen deren Willen eingebracht werden, nur mit ihrer Mitwirkung zulässig sind; allerdings ist dann diese Mitwirkung eine bloße Formsache und wird im Falle gegenseitiger Anklagen beiden Parteien gewährt.

[13]) Alison XXVIII.

137 vom Staatsanwalt vor Untergerichte Gewiesene (beiläufig 22 %); während von 216 vor die Jury Gestellten nur 25 (8½ %) straffrei erklärt wurden. (1830 stand das Verhältniß wie 1416 : 142, also beiläufig 10 %.)[14]) — Vergleichen wir damit die Ergebnisse der entsprechenden Gerichtsacte in England während derselben Jahre, so zeigt sich, daß von 16,000 in Haft oder Bürgschaft Genommenen (committed) durch den Ausspruch der Grand Jury ungefähr 1600 befreit wurden (10 %), und daß von 14,500 vor die kleine Jury Gestellten beiläufig 2400 (also 16⅔ %) freigesprochen wurden. Im Jahre 1843 wurden 28 % der vor die kleine Jury gebrachten Anklagen zurückgewiesen[15]). Noch günstiger für das in Schottland beobachtete Verfahren ist die Vergleichung mit den französischen statistischen Daten: dort waren den Anklagekammern im Jahre 1847 6586 Anklagen vorgelegt, und nur 432 (6½ %) wurden gänzlich verworfen. Die Freisprechungen durch Geschworne verhielten sich dagegen zu den Verurtheilungen wie 33 : 67, also beinahe wie 1 : 2[16]). Vergleichen wir noch die Resultate analoger Verfahrungsweisen unter der Herrschaft des Inquisitionsprocesses, so hatten diejenigen österreichischen Provinzen, in welchen das Strafgesetzbuch von 1803 in Wirksamkeit ist, im Jahre 1846 nach Abzug der im Laufe des Jahres Entwichenen (23) und Verstorbenen (220), sowie der noch am Ende des Jahres in Untersuchung Stehenden (6250), im Ganzen 21,650 Inquisiten. Die Einstellung der Untersuchung, die man so ziemlich der freisprechenden Entscheidung der französischen Raths- und Anklagekammer gleichsetzen kann, ward verfügt in 395 Fällen, wobei noch zu bemerken ist, daß unter dieser Zahl die Verweisungen an andere Gerichte mitbegriffen sind. Von den übrig gebliebenen Angeklagten wurden zwar nur 382 gänzlich, dagegen 5042 ab instantia losgesprochen, was ein Verhältniß der Anklagen zu den Lossprechungen ergibt wie 21,291 : 5454 (ungefähr 25 %).

Eben so wenig ist aber auch zu fürchten, daß die Kronanwälte allzu ängstlich bei Beurtheilung der Anklagen sein und zu viele Verbrechen straflos lassen könnten. Zunächst stehen die Kronanwälte unter der Aufsicht des politisch verantwortlichen Lord Advocate und mit demselben

[14]) Mittermaier a. a. O. S. 198.

[15]) Mittermaier, Ueber Mündlichkeit u. s. w. S. 31.

[16]) Gerichtssaal, Juni 1851. S. 151 u. 552.

[17]) S. Statistische Mittheilungen herausgegeben von der k. k. Direction der administrativen Statistik (Wien 1850). X. Heft, S. 594 u. 595.

unter Controle der öffentlichen Meinung; ihr Fachmännerruf würde ſchwer darunter leiden, wenn ſie eine offenbar haltbare Anklage zurückgewieſen hätten, oder wenn ein Privatankläger eine Verurtheilung in einem Falle erlangte, wo ſie ohne gewichtige Gründe einzuſchreiten ſich weigerten. Der durch ein Verbrechen unmittelbar Verletzte kann nämlich gegen die Weigerung des Lord Advocate, ein angebliches Verbrechen zu verfolgen, beim oberſten Gerichtshofe Beſchwerde führen; dieſer fordert den Lord Advocate zur Angabe ſeiner Gründe auf, und ermächtigt, ſofern die Anklage nicht prima facie als unzuläſſig erſcheint, den Privatankläger (der Bürgſchaft leiſten und den Calumnieneid ſchwören muß) zur Einbringung der Anklage [18]), die allerdings vom Aſſiſenhofe genau geprüft wird, ehe das Erheblichkeitserkenntniß erlaſſen wird. — Nur rückſichtlich gegen Organe der Regierung gerichteter Anklagen wäre bei der Strenge, mit der jeder nicht unmittelbar vom Verbrechen Betroffene von der Anklage ausgeſchloſſen wird, ein Mißbrauch der der Staatsanwaltſchaft zuſtehenden Rechte denkbar. — Wie gut für raſche Beendigung der Unterſuchungen geſorgt ſei, ergibt ſich daraus, daß in ſo vielen Fällen die Freilaſſung ſogleich von der Staatsanwaltſchaft verfügt wird und aus dem oben rückſichtlich des Statutes von 1701 Geſagten; da der Angeklagte, wenn er von den ihm dort eingeräumten Rechten Gebrauch macht, die Beendigung des Prozeſſes in ungefähr 3 Monaten erlangen kann [19]). Für genaue Individualiſirung der Anklage ſorgt die Strenge, mit welcher die Gerichtshöfe die in dieſer Beziehung durch Präjudicate und Geſetze feſtgeſtellten Regeln feſthalten, und der Eifer, mit welchem der Vertheidiger zweifellos jede Ungenauigkeit zum Vortheil ſeines Clienten geltend machen würde. — Für die richtige juriſtiſche Bezeichnung der in der Anklage angegebenen Thatſachen bürgt wohl vor Allem die Geſchäftskenntniß des anklagenden Kronanwalts, der die von ihm ausgeſprochene Anſicht der Vertheidigung gegenüber vor dem Gerichtshof verfechten muß; viel trägt auch zur Wahrung des Rechtes der Umſtand bei, daß der Gerichtshof alle Fragen dieſer Art gewiſſermaßen in thesi, ehe die individuellen Verhältniſſe des Angeklagten und ſeiner That er-

[18]) Der Inhalt der Anklageſchrift iſt ganz analog den ähnlichen von der Staatsanwaltſchaft ausgehenden Actenſtücken; die Form iſt die der Criminal Letters, die im Namen des Gerichtshofes ausgeſtellt ſind.

[19]) Die dem Commitment vorangehende eigentliche Unterſuchungshaft währt wohl nur ſelten 14 Tage. Allerdings ſteht indeß dem Ankläger wie dem Angeklagten das Recht zu, unter Angabe wichtiger Gründe Vertagung der Hauptverhandlung zu fordern.

örtert wurden, und für oder gegen ihn einnehmen konnten, entscheiden muß; es mag dieses auch Collisionen zwischen Richtern und Geschwornen vorbeugen, und letzteren die Aufgabe oft erleichtern.

§. 3.

Wenden wir uns nun zur Betrachtung des in England bei der Versetzung in Anklagestand Geltenden, so finden wir auch hier den Grundsatz festgehalten, daß der König als erster Wahrer des Friedens der einzige Ankläger im Strafproceß sei; die Anklage wird daher immer im Namen des Königs, in der That aber von theils freiwillig, theils gezwungen als Verfolger (prosecutor) auftretenden Privaten erhoben. Jedoch muß in der Regel diese Anklage, von wem immer sie ausgeht, von der Grand Jury bestätigt werden. — Diese versammelt sich am Eröffnungstage der Assisen und prüft die gegen jeden in Haft oder Bürgschaft Genommenen eingelaufenen Anklagen. Die Anklagen sind vom Ankläger oder vom Gerichtssecretair abgefaßt [20]), und werden durch die Aussage des Anklägers und der Entlastungszeugen, welche die Grand Jury vornimmt, unterstützt. Die Anklage kann von der Anklagejury nur angenommen oder verworfen werden; wird sie verworfen, so hat dieses die Freigebung des Angeschuldigten zur Folge. Jedoch kann der Gerichtshof die Festhaltung desselben und die Einbringung einer neuen Anklage in der nächsten Assise anordnen [21]), wie denn überhaupt der Ankläger seine Anklage so oft erneuern kann, bis sie von der Jury angenommen wird. Wird die Anklage angenommen, so können die Anklagegeschwornen sie auf die Weise modificiren, daß sie einzelne, auf gewisse Handlungen bezügliche Abschnitte (counts) streichen, oder die juristische Bezeichnung der That verändern [22]). Die angenommene Anklage muß, wie immer sie aus den Händen der Geschwornen hervorging, vom Ankläger bei empfindlicher Geldbuße vor der petty Jury verfochten werden, wenn er nicht vom Gerichtshof Cassirung des Indictments erlangt; der Gerichtshof kann daran zunächst Formveränderungen anbringen. Erhebt der Angeklagte

---

[20]) Ueber die Form der Anklageschrift und das Verfahren vor der Grand Jury s. eine kurze Zusammenstellung in meiner angeführten Schrift 223—246.

[21]) Cottu, Administration de la Justice en Angleterre. Uebersetzt von Hornthal, S. 131.

[22]) Phillips, du pouvoir et des obligations de Jurys. (Trad. par Comte. Par. 1828.) p. 355.

Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Gerichts, oder Giltigkeit des Indictments, so muß der Gerichtshof auch darüber entscheiden. Gegen diese Entscheidung steht den Partheien die Beschwerdeführung durch Plea in Arrest of Judgment offen; der Angeklagte ist jedoch verpflichtet, inzwischen sich weiter zu vertheidigen (to plead over). Bei gewissen die Regierung unmittelbar berührenden Vergehen, sowie bei Gesetzübertretungen, die in allgemein bekannten Thatsachen liegen (z. B. Preßvergehen), tritt eine anomale Vorbringung der Anklage (Information) beim Gerichtshof King's (Queen's) Bench ein — was wir, ebenso wie die an die Stelle der Grand Jury zuweilen tretende Coroners Inquest, aus Gründen des Raumes unerörtert lassen müssen.

Die Vortheile, die diese trotz mannigfachen Bedenken und Beschwerden in England höchst populären Einrichtungen für die Erreichung der Zwecke der Justiz gewähren, sind einleuchtend. Während das Princip, daß der Staatsgewalt das Recht und die Pflicht zukomme, den öffentlichen Frieden zu schützen, gewahrt ist, werden nicht nur die beträchtlichen Kosten, die mit der Aufstellung ständiger, öffentlicher Ankläger verbunden wären, erspart, sondern es wird auch dem Widerwillen der Bevölkerung gegen zu große Beamtengewalt Rechnung getragen, sowie der zu einer der Grundlagen der Staatsverfassung gewordenen Regel, daß die Regierung unmittelbar nur *das* besorgen solle, was durch die Thätigkeit von Privatpersonen oder durch die moralischen Personen von geringem Einflusse nicht zu erreichen wäre. — Während also factisch das Recht, anzuklagen, in den Händen jedes Staaatsbürgers liegt, wird willkürlichen Anklagen von Seiten dieser sowie *drückenden* und unmotivirten Verfolgungen durch die Regierung dadurch vorgebeugt, daß die Anklage durch mindestens zwölf vollkommen unabhängige Männer als zulässig und begründet anerkannt werden muß, ehe der Angeschuldigte angehalten wird, sich zu verantworten; es wird durch diese Einrichtung dem offenbar ohne Grund, vielleicht gar um verwerflicher Motive willen Angeklagten die gerade in England sehr hoch angeschlagene Qual einer Verhandlung vor der kleinen Jury und bei Misdemeanors in den Grafschaften oft mehrmonatliche Haft erspart. — Mit der Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten Thatsachen wird es in England allerdings so genau nicht, wie in Schottland, genommen; indessen ist durch das gemeine Recht vollkommen dafür gesorgt, daß niemand auf irgend eine allgemein gehaltene Beschuldigung hin vor die Schranken des Schwur-

gerichts geſtellt werde; nähme ſelbſt die Grand Jury eine ſolche Anklageſchrift an, ſo würde doch ohne Zweifel der Angeklagte dagegen ſeine Einwendung geltend machen und vom Richter die Vernichtung des Indictments erlangen. Bekannt iſt, daß die Aengſtlichkeit in dieſer Hinſicht eher zu weit geht, und nicht ſelten Formfehler im Indictment entweder deſſen Vernichtung oder gar die Freiſprechung des Angeklagten durch die Urtheilsjury bewirken. — Die ausdrückliche Benennung des Verbrechens wie ſie die ſchottiſche Anglageſchrift gibt, kommt im engliſchen Indictment nicht vor; es wird jedoch gefordert, daß alle im Begriffe des Verbrechens liegenden Merkmale mit den dafür gemeinrechtlich oder durch Statute angenommenen Ausdrücken bei Beſchreibung der That aufgezählt werden. Namentlich in dieſer Beziehung iſt das Recht der Parteien, Einwendungen gegen das Indictment vor dem Gerichtshof geltend zu machen, von Bedeutung; indeß kann beſonders zum Nachtheil des Angeklagten nicht leicht eine Aenderung am Indictment oder gar deſſen Annullirung erlangt werden, und es kommt, wenn trotz der Belehrung, die ihr der Richter ertheilt, die Grand Jury eine falſche juriſtiſche Bezeichnung annimmt, oder ſelbſt einfügt, dieſer Irrthum meiſt dem Angeklagten zu ſtatten. Iſt nämlich die Anklage gemildert, ſo kann die Urtheilsjury nicht darüber hinausgehen: iſt ſie zu hart, ſo ſteht der letzteren nur ſeit Kurzem und nur in wenigen genau bezeichneten Fällen das Recht zu, mildernde Aenderungen im Wahrſpruch anzubringen und da ſie das „Schuldig“ im vollen Umfange der Anklage nicht ausſprechen kann, ſieht ſie ſich zuweilen genöthigt, durch ein „Nichtſchuldig“ den Angeklagten freizuſprechen, und ihn (bei ſtrenger Handhabung der Regel: non bis in idem,) für immer von aller Verantwortung für eine immerhin ſtrafbare Handlung zu befreien. — Die Competenz in der Anklage feſtzuſtellen, iſt ſchon darum minder nöthig, als in Schottland und Frankreich, weil geſetzlich die Wirkungskreiſe der verſchiedenen Gerichte nicht ſcharf geſondert ſind, und das Recht der King's Bench, alle Straffälle an ſich zu ziehen, ausgleichend einwirkt; es kann ſich alſo meiſt nur darum handeln, ob die Jury der einen oder der anderen Grafſchaft im gegebenen Fall zuſtändig ſei; die Entſcheidung fällt durch das Recht des Angeklagten, Einwendungen in dieſer Beziehung (plea to the jurisdiction) vorzubringen, dem Gerichtshofe anheim der in der Regel darüber mit Vorbehalt der dem Angeklagten zuſtehenden Rechtsmittel ſogleich entſcheidet; wie denn überhaupt das Verfahren ein

ungemein raſches und bei ſorgſamſter Beachtung der Förmlichkeiten von allen Verſchleppungen freies iſt.

So viele unläugbare Vortheile aber dieſes Syſtem bieten mag, ſo drängen ſich doch ſchon, noch ehe auf die in der Rechtsübung vorkommenden Mißbräuche Rückſicht genommen wird, einige ernſte Bedenken dagegen, namentlich aber gegen die Uebertragung dieſes Syſtems in andere Länder auf. Es wird merkwürdiger Weiſe die große Jury (allerdings aus hiſtoriſchen Gründen) des Königs Jury genannt, und doch betrachtet man auch ſie als Bollwerk der Freiheit und namentlich als eine Schutzwehr der Angeklagten. Man ſollte wohl eher das Gegentheil vermuthen, wenn man die Elemente betrachtet, aus denen die über den Werth der Anklage urtheilende Jury zuſammengeſetzt iſt, und wenn man die Regeln in Erwägung zieht, die ihre Thätigkeit beſtimmen. Geſetzlich iſt zwar wenig darüber feſtgeſtellt, wer zum Mitglied einer Grand Jury befähigt ſei; da indeß bei den Aſſiſen in den Grafſchaften die Anklagegeſchwornen längere Zeit beiſammen bleiben müſſen, und dieſer Aufenthalt im Hauptort der Grafſchaft mit nicht unbeträchtlichen Koſten verbunden iſt, wurde es Sitte, nur die vermöglichſten Einwohner der Grafſchaft zu dieſem Amte zu berufen[23]). Die Mitglieder der zum Schutze des Angeklagten berufenen Körperſchaft gehen alſo gerade aus derjenigen Claſſe der Bevölkerung hervor, die am wenigſten Angeklagte ſtellt, und der überwiegenden Mehrzahl der Verbrechen (Eigenthumsverletzungen) vorzugsweiſe ausgeſetzt iſt. Iſt nun ſchon aus dieſem Grunde kaum große Strenge bei Beurtheilung der Anklagen zu erwarten, ſo wird dieſe Erwartung eben nicht geſteigert, wenn man die Verfahrungsweiſe der Anklagejury in Erwägung zieht. Sie hat nur den Ankläger zu hören, nur die von ihm vorgeführten Zeugen zu vernehmen, und ſieht weder den Angeklagten, noch deſſen Vertheidiger, noch eine ſchriftliche Rechtfertigung desſelben; von den entſcheidenſten Beweiſen für die Unſchuld des Angeklagten könnte ſie nur durch Zufall (etwa durch das eigene Wiſſen eines Geſchwornen) Kenntniß erhalten. Die Fälle alſo, in denen eine Grand Jury im gewöhnlichen Lauf der Dinge in die Lage kommt, eine Anklage zurückweiſen zu können, ſind äußerſt ſelten; nur wenn der Beweis des Anklägers ſchon in ſich ſelbſt zerfällt, ehe noch jemand ihm entgegentritt, oder wo etwa das Uebelwollen des-

[23]) Mittermaier a. a. O. S. 269.

selben notorisch ist, wird die Wirksamkeit der Anklagegeschwornen sich für den Angeklagten günstiger gestalten können.

Wie weit die Strenge der Anklagegeschwornen bei Prüfung der Anklagen gehen solle, ist gänzlich unbestimmt gelassen. Die Richter verfehlen nie, die Anklagegeschwornen in ihrer Anrede bei Eröffnung der Sitzung (Charge) darauf aufmerksam zu machen, daß ihre Stellung eine von der der Urtheilsgeschwornen gänzlich verschiedene sei. So viel ist auch gewiß, daß alle jene Anklagen zurückgewiesen werden müssen, die in sich unwahrscheinlich sind; ferner alle diejenigen, die auf gesetzlich unzulässige Beweismittel sich stützen[24]), wobei wohl, da eben die Lehre vom Beweis den Kernpunkt aller englischen juristischen Bildung ausmacht, nicht recht abzusehen, wie die Geschwornen, selbst mit der Beihilfe des Richters, alle in dieser Beziehung sich bietenden Schwierigkeiten überwinden sollten. Wie weit aber der Beweis gehen müsse, mit dem die Anklagegeschwornen sich begnügen müssen, vermag niemand zu sagen. Genügt es, daß sie die in der Anklage angegebenen Thatsachen für wahrscheinlich halten? oder müssen sie von ihrer Wahrheit überzeugt sein? „Die Grand Jury," heißt es in einer vielbenutzten englischen Rechtsencyklopädie, „kann darauf bestehen, daß ihr ein eben so scharfer Beweis vorgelegt werde, wie er in der Hauptverhandlung gefordert wird; obgleich dies nicht üblich ist." „Sie richtet den Angeklagten nicht ..... aber sie sollte doch vollkommen von der Wahrheit des Indictments überzeigt sein"[25]). Diese beiden fast unmittelbar an einander stehenden Stellen bezeichnen recht deutlich, wie schwankend die Ansicht über diesen Punkt ist. In Nordamerika scheint die letzte Ansicht durchgedrungen zu sein; sehr bestimmt lautet folgende dort aufgestellte Norm: „Die Grand Jury soll die Anklage zulassen, wenn alle vorliegenden Beweise zusammengenommen nach der Ansicht der Geschwornen die Verurtheilung des Angeklagten durch die Urtheilsjury rechtfertigen"[26]). In der That sollte man wohl diese Meinung für die richtigere ansehen, wenn man bedenkt, wie viel Gewicht darauf gelegt wird, daß kein Engländer verurtheilt werden könne, wenn nicht 24 Mitbürger einstimmig seine Schuld anerkannt haben. Einen andern Grund macht Phillips geltend, der sich wohl am entschiedensten für

---

[24]) Mittermaier a. a. O. S. 275.
[25]) Tomlins, Law Dictionary (4. Bd.) London 1835. v. Grand Jury.
[26]) Zeitschrift für Gesetzgebung des Auslandes, Band XXI. S. 295.

dieſe Auffaſſung der Sache ausſprach. Die Anklagejury, meint er, müſſe, ehe ſie eine Anklage für begründet erkläre, von der Wahrheit alles deſſen überzeugt ſein, was in derſelben enthalten ſei; der Ankläger müſſe die ganze Thatſache klar und unwiderleglich feſtgeſtellt haben. Es ſei dies deshalb unbedingt nöthig, weil die Anklagejury nur die Beweiſe gegen den Angeklagten kenne, und alſo jeder Zweifel dieſem zu ſtatten kommen müſſe[27]).

Dies führt uns auf die tiefer liegende Urſache dieſer ſonderbaren Zweifel — auf den Zwieſpalt in der Stellung der Anklagejury, wie dieſe hiſtoriſch ſich entwickelte. Bisher haben wir mit der ganzen Inſtitution nur in ſoweit uns beſchäftiget, als ſie gegen leichtſinnige und vexatoriſche Anklagen ſchützen ſoll; der Anklagejury kommt aber nicht blos dieſe richterliche Thätigkeit, die Entſcheidung über den Anſpruch des Anklägers auf Zulaſſung zur Anklage und den ſtillſchweigenden des Angeklagten auf Zurückweiſung desſelben zu, ſondern ſie tritt zu gleicher Zeit ſelbſt als Anklägerin auf. Ohne uns (was ſchon der Raum nicht geſtatten würde) auf die in tiefes Dunkel gehüllten Urſprünge der Jury in England näher einzulaſſen, weiſen wir blos auf die in England allgemein verbreitete Anſicht hin, daß die Grand Jury aus jener Zeit ſtamme, wo man ſich genöthigt ſah, viele Richter wegen der von ihnen verübten Willkürlichkeiten hinrichten zu laſſen; wo es alſo räthlich ſchien, gegen dieſe dadurch ſich zu ſchützen, daß die Richter nur über Jene Gewalt haben ſollten, die ihnen von der Gemeinde gewiſſermaßen preisgegeben waren. Ferner iſt aber auch, namentlich durch deutſche Forſchungen, feſtgeſtellt, daß der Gemeinde die Verpflichtung oblag, die Verbrecher den Richtern auszuliefern; wir ſehen ſchon von den Zeiten Alfreds die ganze Gemeinde (hundred) für gewiſſe in ihrem Bezirke begangene Verbrechen verantwortlich gemacht, und wiſſen, daß ſie ſich von dieſer Verantwortung nur durch Angebung des Thäters befreien konnte. Um die Zeit der normänniſchen Eroberung war indeß der klagende König an die Stelle der rügenden Gemeinde getreten, ohne jedoch deren Thätigkeit oder Mitwirkung aufzuheben[28]). Das Recht der Anklage fällt jetzt dem König anheim, und in der Zeit, wo die erſte unzweideutige geſetzliche Anerkennung der Grand Jury vorkommt (Stat. 2, 25. Edw. III. c. 4) iſt die Privatanklage (Appeal) ſchon zum großen

[27]) Phillips a. a. O. S. 336.

[28]) Gundermann, Ueber die Einſtimmigkeit der Jury. (München 1849) S. 161.

Theil außer Uebung und jedenfalls sehr beschränkt. Diese Privatanklage, welche dem Ankläger alle Rechte des anklagenden Königs, selbst das Begnadigungsrecht, gab, war zu keiner Zeit der Prüfung durch die Grand Jury unterworfen; dafür nöthigte sie, so lange der Zweikampf eine allgemein übliche Beweisart blieb, zur Bloßstellung der eigenen Person, und war auch nach allgemeiner Einführung des trial per pais mit dem Mißstande verbunden, daß im Fall der Freisprechung der Ankläger zur Verantwortung gezogen ward. Man zog es daher begreiflicher Weise vor, die Verfolgung dem Könige zu überlassen, oder richtiger: in seinem Namen anzuklagen. Damit aber nicht jeder des königlichen Namens zur Bemäntelung seiner eigenen Rache oder sonstigen Pläne nach Belieben sich anmaßen könne, ward die königliche Anklage nach und nach ungefähr in derselben Weise an die Bestätigung durch die Grand Jury gebunden, wie etwa im constitutionellen Staatsrecht die Vollziehbarkeit einer Verordnung des Fürsten von der Gegenzeichnung derselben durch einen Minister abhängt. Die Geschwornen nehmen also statt des Königs (dessen Geschworne sie ja im Gegensatze zur Jury des Landes, zur Urtheilsjury, heißen) die Anklage von den Schultern der anzeigenden Privatpersonen oder des Friedensrichters ab und auf ihre eigenen; „sie," so lautet die officielle Formel, „beeidiget und beauftragt, für den König und für die Gesammtheit der Grafschaft (pro corpore comitatus) Untersuchung anzustellen, zeigen bei ihrem Eid an (present) u. s. w." Während also die öffentliche Meinung und die Doctrin in ihrer ganzen Thätigkeit nichts anderes sieht, als eine Prüfungsbehörde, welche die redlich gemeinte und beachtenswerthe von den verwerflichen Anklagen zu sondern hat, von der man keinen Ausspruch über die Wahrheit der Thatsachen, sondern nur die Erklärung erwartet, daß eine gewisse Person eines gewissen Verbrechens mit Recht angeklagt sei: erzählt die Jury bei ihrem Eid, ohne den geringsten Zweifel zu äußern, daß A. eine gewisse Handlung begangen habe, was offenbar voraussetzt, daß sie von der Wahrheit der angegebenen Thatsachen vollkommen überzeugt sein müsse. So schwankt jetzt des Königs Jury zwischen staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Function, zwischen redlicher aber doch nur einseitiger Nachforschung, die eine einseitige Behauptung zum Resultat haben soll, und billiger, Allen gerechter Beurtheilung eines noch nicht vollständigen Materials, einer Beurtheilung, deren Ergebniß ein unpartheiischer, aber

keineswegs entscheidender Ausspruch sein soll; und wenn auch diese letztere Richtung ihrer Thätigkeit längst den Sieg über die andere davon getragen, so sind bei der Zähigkeit, mit der in England Alles festgehalten wird, was einmal vorhanden ist, viel zu viel Voraussetzungen der ersteren übrig geblieben, als daß viele Anklageverwerfungen von der englischen Jury zu erwarten sein sollten.

Worin besteht indeß in dem für den Angeschuldigten günstigsten Falle der Vortheil, welchen diesem die Nichtzulassung der Anklageschrift gewährt? Er wird um einige Stunden, und nur in minder ernsten Fällen, wo meist nur Bürgschaftsleistung gefordert wird, um einige Monate früher freigesprochen, als wenn die Anklage unmittelbar der Urtheilsjury vorgelegt worden wäre. Will man nicht annehmen, (was in England niemand behauptet), daß die Persönlichkeit der Anklagegeschwornen überhaupt mehr Beruhigung gewährt, als die der Urtheilsgeschwornen, so kann man auch nicht befürchten, daß eine Urtheilsjury, vor der der Angeklagte seine volle Vertheidigung führen kann, und welcher der Richter mit seinem Rathe unmittelbar beisteht, in einem Falle ein „Schuldig" sprechen könne, in dem die Anklagegeschwornen schon die unwidersprochene Anklage ungenügend unterstützt finden. Der Angeklagte gewinnt also durch die Zurückweisung der Anklageschrift nur einige Tage (oft nur einige Stunden) und verliert dagegen den Vortheil, jeder künftigen Anklage die Einrede früher Freisprechung (Plea of autrefois acquit) [29]) entgegensetzen zu können. In der That hat selbst in diesem Falle weit mehr der Ankläger als der Angeklagte Grund, der Anklagejury dankbar zu sein; er erspart, wenn seine Anklage ganz haltlos war, zunächst die nicht unbedeutenden Kosten des Trial, die nur im Falle der Ueberführung des Angeklagten die Grafschaft ersetzt; er entgeht den Ansprüchen, die der freigesprochene Angeklagte vielleicht gegen ihn erheben könnte. Während ferner die Urtheilsgeschwornen seiner vielleicht nur aus Nachlässigkeit schlecht begründeten Anklage für immer ein Ende gemacht hätten, ist das Ignoramus der Grand Jury eigentlich nur eine Art Warnung für den Ankläger, der später besser gerüstet einen neuen Angriff versuchen kann.

Den Dienst, den indeß die Anklagejury in dieser Weise der Anklage leistet, läßt sie diese theuer bezahlen; wir haben schon früher erwähnt,

[29]) Blackstone, Commentaries on the Law of England, IV. 26. (Oxford 1770) pag. 333.

wie durch einen Mißgriff der Anklagegeschwornen der Ankläger, der mit diesen seine Rechte gewissermaßen theilen muß, in die Lage versetzt werden kann, entweder selbst die Cassirung der von ihm eingebrachten Anklageschrift verlangen, oder eine ihm fremde Ueberzeugung vor Gericht durchführen und verfechten zu müssen; ferner bleibt ihm, wenn während der Verhandlung es sich zeigt, daß die von ihm und der Anklagejury übereinstimmend angegebene Handlung eine minder strafbare gewesen, als die Anklageschrift voraussetzt, kein Mittel, aus eigener Macht eine Veränderung an dem von der Grand Jury einmal festgestellten Wortlaut der Anklage vorzunehmen, und er muß, wenn nicht ein specielles Gesetz der kleinen Jury im gegebenen Fall eine Aenderung gestattet, die gänzliche Freisprechung des Verbrechers gewärtigen.

Nebst diesen gewissermaßen a priori bei bloßer Betrachtung der Institution an sich bestehenden Bedenken, ergeben sich noch andere aus der Art, wie dieses in der Rechtsübung sich gestaltet. Es ist von einem der ausgezeichnetsten englischen Juristen [30]) hervorgehoben worden, daß die englische Grand Jury „eine Körperschaft sei, die aller Verantwortung sich entziehe und sehr oft gegen alle Gerechtigkeit einen Proceß anfange." Was den ersten Theil dieses Vorwurfes betrifft, so stützt er sich darauf, daß die Aussprüche der Grand Jury nur auf Stimmenmehrheit beruhen, während die Engländer gerade deßhalb auf die Einstimmigkeit des Wahrspruches der kleinen Jury ein so großes Gewicht legen, weil sie jeden Einzelnen für sein Benehmen wenigstens moralisch verantwortlich wissen wollen. Soll ferner die Aeußerung, daß oft Processe gegen alle Gerechtigkeit begonnen werden, in dem Sinn gemeint sein, daß die Anklagejury oft unbegründete Anklagen genehmige, so muß auch dies zugegeben werden. Zwar fällt hier zunächst sehr schwer der von Mittermaier [31]) hervorgehobene Umstand ins Gewicht, daß vor der Anklagejury die Zeugen höchst unzuverlässig aussagen, weil sie nicht beeidigt werden, und weil (was gewiß auch noch in Betracht kommt) das Verfahren vor der Grand Jury geheim ist, und selbst die von den Mitgliedern derselben besorgten flüchtigen Aufzeichnungen der Zeugenaussagen noch am Abend desselben Tages vernichtet werden müssen; aber gewiß trägt die vorerwähnte factische Unverantwortlichkeit der Geschwornen nicht wenig dazu bei, daß so viele Anklagen vor die Urtheilsjury kom-

[30]) Lord Brougham; s. Foelix, Revue de droit français, Févr. 1843.
[31]) An a. O. S. 274.

men, die nie dahin gelangen sollten. Die meisten Anklageschriften werden von der Jury mit einer Hast erledigt, die den Gedanken an gebührende Erwägung derselben gar nicht aufkommen läßt. Wie wär's sonst auch denkbar, um auf den schon früher angestellten Vergleich mit Schottland zurückzukommen, wie wär's sonst auch denkbar, daß die Jury nur 10% der ihr vorgelegten Anklagen zurückweist, während der öffentliche Ankläger in Schottland, seinem eigenen Ermessen überlassen, 21%, ja streng genommen 43% [32]) der auf Grundlage eines ziemlich analogen Verfahrens ihm zugekommenen Anzeigen ablehnt, und daß unter den von diesem Angeklagten nur 8—10% Unschuldige sich befinden, während durchschnittlich $16^2/_3$% der von der Grand Jury bestätigten Anklagen verworfen werden? — In neuerer Zeit zeigt sich die Anklagejury noch weniger strenge: so wurden in London

im Jahre	1845	von	2817	Anklagen	175
— —	1846	—	2735	—	116
— —	1847	—	3312	—	256,

also durchschnittlich 5—6% zurückgewiesen [33]); 1849 wurden in London und Middlesex von 3861 Anklagen 135 verworfen [34]), also nur $3^1/_7$%. Freilich zeigt sich in den Grafschaften im Ganzen mehr Eifer, da in demselben Jahre in ganz England von 27,816 Anklagen 1636 ($6^2/_3$%) beseitiget wurden.

Trotz alledem ist an die Aufhebung der Anklagejury in England nicht zu denken; denn wenn sie auch zunächst ihre Aufgabe nicht allzu scharf faßt, und im Vertrauen auf die Pflichttreue der kleinen Jury mit ihrer eigenen Pflicht es nicht allzu genau nimmt; so ist doch schon ihr bloßes Bestehen hinreichend, eine Menge unnöthiger oder böswilliger Anklagen hintanzuhalten; und namentlich in politischer Beziehung dient schon ihr Vorhandensein zu großer Beruhigung. Wir lassen es dahin gestellt sein, ob die politische Stellung der Grand Jury sich so genau bezeichnen lasse, wie es Gundermann [35]) thut. „Der König wird nach englischem Rechte als einziger Ankläger betrachtet", was „freilich nicht anders zu verstehen, als der Satz: daß der König der einzige Gesetzgeber sei. Wie hier an die Zustimmung des Parlaments, so ist er

[32]) Nämlich mit Hinzurechnung der 23% betragenden Verweisungen vor Untergerichte.

[33]) Zeitschrift für Gesetzgebung des Auslandes, Bd. XXI. S. 323.

[34]) Mittermaier a. a. O. S. 288.

[35]) Einstimmigkeit der Jury, S. 170.

dort an das Verdict der rügenden patria gebunden." Es ist nicht zu übersehen, daß durch die Zulassung der Informationen in dies Princip eine gewaltige Bresche geschossen wäre. Fürs erste aber steht so viel zur allgemeinen Beruhigung fest, daß die Regierung die einzige mit ernster Strafe bedrohende Anklage, die in der That von ihren eigenen Organen ausgeht, die Anklage auf Hochverrath, nur mit Zustimmung einer Grand Jury einbringen könne. Eben der Umstand, daß die Pflichten der Anklagegeschwornen bei weitem nicht so klar bezeichnet sind, wie die der Urtheilsgeschwornen, würde es möglich machen, daß selbst an sich nicht ganz ungegründete Anklagen verworfen würden, sobald gegründeter Verdacht obwaltete, daß die Regierung bei deren Anstellung ein gewisses, den Zwecken der Rechtspflege fremdes System befolge, oder sobald irgend eine Unbilligkeit mit der Anklage verbunden wäre. Wenigstens würde ein solcher Ausspruch der Anklagejury weniger Aergerniß geben, als gewisse aus ähnlichen Erwägungen hervorgegangene französische Wahrsprüche. (Wir erinnern nur an die Freisprechung der Mitschuldigen Louis Napoleon Bonapartes). Indeß hat auch in dieser Beziehung das bloße Vorhandensein der Grand Jury schon vorbeugend gewirkt; Tendenzprocesse sind in England immer äußerst selten gewesen, und so gehört denn auch wenigstens der politisch einflußreichste Ausspruch einer englischen Jury einer Urtheilsjury an; — es ist das Verdict in dem berühmten Bischofsprocesse unter Jacob II. [36]). So lange ferner noch der König, der That und nicht blos dem Namen nach, der einzige Ankläger ist, so lange nicht wirklich alle Anklagen von Staatsbeamteten ausgehen, ist nach dem, was früher gesagt wurde, die Anklagejury durchaus unentbehrlich; und es scheint, daß man in England die Gefahren und Unannehmlichkeiten, die mit der Aufstellung so vieler und so einflußreicher Beamteten nothwendig verknüpft sind, höher anschlägt, als die von niemand geläugneten Uebelstände des jetzigen Systems, welches es bei vielen Verbrechen doch mehr oder weniger vom Zufall abhängen läßt, ob eine Anklage anzustellen sei oder nicht, während in anderen Fällen ebenfalls der Zufall darüber entscheidet, wem das Recht oder die Pflicht, anzuklagen, übertragen werden soll, und nicht selten der durch ein Verbrechen Verletzte gezwungen wird, nebst dem ihm zugefügten Schaden die Mühen und Gefahren einer Criminalanklage zu tragen.

[36]) Macaulay, History of England Ch. VIII. (Leipzig 1849) v. III. p. 189 sq.

§. 4.

In Frankreich ſind die Geſchäfte zur Einleitung des eigentlichen Proceſſes, die in Schottland dem Kronanwalt, in England dem Ankläger unter Mitwirkung der Grand Jury zuſtehen, auf eine ganz eigenthümliche Weiſe vertheilt, und dieſe Vertheilung iſt auch im Weſentlichen auf diejenigen Staaten des Continents übergegangen, welche Schwurgerichte beſitzen; einzelne Veränderungen, zum Theil recht dankenswerthe Verbeſſerungen, haben bald in dieſem, bald in jenem dieſer Staaten Eingang gefunden — im Weſentlichen iſt das Syſtem überall daſſelbe geblieben und wir halten uns der Kürze halber blos an das vom franzöſiſchen Code d'Instruction geregelte Verfahren. Daß wir dies Syſtem wegen der Nähe der Oertlichkeiten, in denen es gehandhabt wird, nicht näher auseinanderſetzen müſſen, erleichtert uns unſere Aufgabe weſentlich; denn es iſt nicht leicht, zuſammenhängend darzuſtellen, was eben aller Einheit, allen Zuſammenhanges entbehrt, oder was noch ärger, worin zuſammenhängt, was getrennt ſein ſollte, und getrennt iſt, was eins zu ſein beſtimmt war. Wir ſehen hier den Richter zum Ankläger werden, und den Ankläger mit richterlicher Gewalt ausgeſtattet — die Partei ihren Willen über den des Richters erhebend; wir ſehen, wie dem Angeſchuldigten zum Nachtheile gereicht, was dem Anſchein nach zu ſeinem Schutze eingeſetzt wurde, und wie ſeine Haft verlängert wird durch eine Einrichtung, die die einzige Beſtimmung hat, ihn früher der Freiheit wiederzugeben.

Der Code d'Instruction unterſcheidet zwei Hauptabtheilungen des Verfahrens; er bezeichnet die erſte als die vorläufige Unterſuchung, die zweite als die Hauptunterſuchung. Nun iſt aber factiſch gerade jene angebliche Vorunterſuchung die weſentliche, die eigentliche Unterſuchung; von ihrem Gange, von ihren Ergebniſſen hängt vorzugsweiſe das Schickſal des Angeklagten ab; Alles, was nachher geſchieht, iſt in der Regel nur eine Wiedervorführung, allenfalls eine Wiederbearbeitung des früher bereits Gewonnenen; nur ſcheint man — da in jener Vorunterſuchung Alles ſo geſtaltet iſt, daß die Anklage möglichſt im Vortheile, der Angeklagte im Nachtheil ſich befindet — jetzt, wo der Gegenpartei der ganze bereits gewonnene Vorſprung geſichert iſt, dem Angeklagten einige „Chancen des Entrinnens“ laſſen zu wollen. Indeß geht dies noch immer nicht ſo weit, daß anzunehmen wäre, es ſtänden

zwei Parteien vor einem unparteiischen Richter, denn der procureur général, dessen Unterbeamte und Stellvertreter, die zur Verfolgung des Verbrechens aufgestellten Beamteten, werden nicht als Partei vom Richter behandelt. In der Voruntersuchung steht der Richter unter der Ueberwachung des Anklägers; die Aufsuchung von Beweismitteln ist in der Regel Aufgabe des Richters; dafür kann der Ankläger unter gewissen Bedingungen — aber freilich hat er zu beurtheilen, ob diese erfüllt sind — das Recht des Richters, über den Angeklagten zu verfügen und aufgefundene Beweismittel selbst zu constatiren, in Anspruch nehmen; — doch das ist es nicht, womit wir uns hier zu beschäftigen haben. Gehen wir einen Schritt weiter. Der unter Aufsicht des Generalprocurators handelnde Richter findet endlich, daß die Voruntersuchung, während welcher der Angeschuldigte vertheidigungslos, fast möchten wir sagen, rechtlos in seinen Händen sich befand, lange genug gewährt habe; (— es hängt nur von seinem Ermessen ab, sie zu verlängern) — und es handelt sich jetzt darum, zu bestimmen, was eigentlich mit dem Verhafteten geschehen solle. Ein Antrag des anklagenden Beamteten wird nicht für nöthig gehalten, es wird nicht etwa ihm anheimgegeben, ob er anklagen wolle oder nicht, man gibt ihm blos Gelegenheit seine Ansicht darzulegen, wenn er will; — der Untersuchungsrichter theilt den Vortrag, den er zweien seiner Collegen erstattet, dem Staatsanwalt vorher mit. Das Collegium hat (wo es sich um schwere, vor die Assisen gehörige Verbrechen handelt) nicht darüber zu entscheiden, ob der Anklage der Staatsanwaltschaft statt zu geben sei, noch darüber, ob der Angeklagte, auch ohne daß ein Ankläger dies fordert, vor Gericht gestellt werden solle; es hat blos zu bestimmen, ob eine weitere Berathung der Frage stattfinden solle, ob der Angeklagte vor die Assisen zu stellen sei oder nicht. Die Berathungen und Beschlüsse dieses Collegiums bieten nun folgende Eventualitäten dar:

1. Sämmtliche Richter finden, daß kein Grund zur Fortsetzung des Verfahrens vorliege, und verfügen die Freilassung des Angeschuldigten. Ob diese Entscheidung eine practische Bedeutung haben soll oder nicht, wird einfach davon abhängen, ob der Staatsanwalt damit einverstanden ist. Ist dies nicht der Fall, so kommt die Sache im Wege der Berufung (par voie d'opposition) vor die Anklagekammer, die aus eigener Macht die Ergänzung der Voruntersuchung oder die Verweisung des Angeklagten vor die Assisen jederzeit verfügen kann.

2. Es findet sich im Collegium ein Richter, der die Vorlage der Sache vor die Anklagekammer für geboten hält; d. h. die Majorität der Richter findet, daß zu weiterer Verfolgung kein Grund vorliege. Gleichviel, ob die Staatsanwaltschaft damit einverstanden ist oder nicht [37]), wird in diesem Falle die Anklage aufrecht erhalten, was selbstverständlich auch dann der Fall ist, wenn die Majorität für die Anklage ist.

3. Das Collegium findet die Ergänzung der Voruntersuchung räthlich; in diesem Falle wird diese, ebenfalls ohne daß der Wunsch der Staatsanwaltschaft in Betracht zu ziehen wäre, angeordnet.

Es ist also in einem höchst unwahrscheinlichen Falle möglich, daß die Entscheidung der Rathskammer zu Gunsten des Angeschuldigten ausfalle: wenn nämlich alle Richter und der Staatsanwalt für Aufhebung der Untersuchung sind, wobei in Betracht kommt, daß in Bezug auf die Anzahl der Richter zwar ein Minimum, aber kein Maximum gesetzlich festgestellt ist, und daß der Untersuchungsrichter, dessen Vortrag die Basis der Berathungen bildet, der Rathskammer immer angehören muß. — In dem Fall, wo der Untersuchungsrichter für die Erhebung der Anklage ist, sowie, wenn der Staatsanwalt in seinen Conclusionen diese Ansicht entwickelt — ist eigentlich jede weitere Berathung der Rathskammer (sofern sie nicht etwa zu einer Verlängerung der Voruntersuchung führt) vollkommen unerheblich; im ersten Fall hängt von ihrer Entscheidung nicht mehr ab, was geschehen soll; im zweiten wird diese Entscheidung vom Staatsanwalt durch die Beschwerdeführung umgangen. Es kann also füglich in diesen beiden Fällen die Berathung unterbleiben; einen Sinn hat sie nur, wenn sowohl Untersuchungsrichter als Staatsanwalt zu Gunsten des Angeschuldigten sich aussprechen; nur in diesem Falle ist eine Aenderung des von einer dieser beiden unter der Aufsicht des Generalprocurators stehenden Personen gefaßten Entschlusses möglich; diese Aenderung kann dem Angeschuldigten nur ungünstig sein; und es ist das Aeußerste gethan, diese Möglichkeit herbeizuführen. Und doch erlangt der Beschuldigte im günstigsten Falle nur seine augenblickliche Freilassung; die Anklagekammer kann,

[37]) Eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 25. September 1824 erklärt: qu'il (le ministère public) doit avoir connaissance (de la procédure) après que l'instruction est terminée, avant qu'il soit statué par la chambre du conseil sur l'affaire instruite; mais que ces formalités remplies; cette chambre est pleinement saisie et peut prononcer ce qu'elle juge être bon . . . .

gleichviel auf welche Weise sie Kenntniß von der Sache erhält, die neuerliche Verhaftung, die Erneuerung der Untersuchung, die Verweisung vor die Assisen verfügen.

Die Rathskammer also, die hier als Gericht auftritt, kann dem Angeklagten keinerlei Schutz gewähren; es ist ein Richtercollegium, das practische Beschlüsse nur gegen die eine der beiden Parteien fällen kann; ein Collegium, in dem die Ansicht der Minorität bei entscheidenden Beschlüssen die der Majorität überwiegt; ein Collegium, in welchem der Gegensatz der Rechtsparömie: „Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium" verkörpert ist. Die Rathskammer ist ein Collegium von Richtern, die zu Klägern werden sollen, wo kein Kläger ist; die Stellung jedes einzelnen dieser Richter ist in diesem Augenblicke ganz die des Staatsanwalts. Sie können eine Anklage aufrecht erhalten wider den Willen des Klägers; dieser dagegen kann immer erlangen, was die Richter ihm einstimmig verweigerten. Wie der Richter nicht durch das Begehren der Partei, so ist die Partei nicht durch die Entscheidung des Richters gebunden.

Wir dürfen wohl hier schon fragen, ob es nicht einfacher, kürzer, weit mehr der Logik sowie der Gerechtigkeit entsprechend wäre, wenn die Untersuchung, sobald Untersuchungsrichter und Staatsanwalt darüber einig sind, aufgehoben, und für den Fall, daß Meinungsverschiedenheiten rücksichtlich der Weiterverfolgung beständen, jedem dieser Beiden gestattet würde, die Entscheidung ihrem Vorgesetzten, dem Generalprocurator, anheimzustellen.

Doch die Thätigkeit der Rathskammer endigt nur die als rein inquisitorisch längst anerkannte Voruntersuchung; sie liegt also mit dieser eigentlich ganz außer dem Bereich juristischer Erörterung; denn die Thätigkeit des Inquirenten ist eine polizeiliche, keine richterliche. Inniger steht mit dem eigentlichen Proceß das Verfahren vor der Anklagekammer in Verbindung; durch den Beschluß der Anklagekammer wird die eigentliche (accusatorische) Verhandlung eingeleitet, wir sind also jedenfalls hier berechtigt, auf die Grundgesetze des Accusationsprocesses uns zu berufen. Zur Verfolgung der Verbrechen wurde eine Beamtenhierarchie mit weiter Vollmacht und großen Rechten aufgestellt, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Executivgewalt steht, von der sie getragen und unterstützt wird, von der sie aber auch vollkommen abhängig ist. Man sollte nun meinen, es sei durch das Institut der öffentlichen An-

kläger das Intereſſe der Staatsgewalt an der Beſtrafung der Verbrechen hinreichend gewahrt, und man habe es nöthig gefunden, um den Mißbräuchen vorzubeugen, die mit ſo unbeſchränkter Gewalt vielleicht getrieben werden könnten, den öffentlichen Ankläger der Ueberwachung durch ein eigenes Gericht zu unterwerfen, das darüber zu entſcheiden hat, ob die Anklage gewichtig genug ſei, um darauf hin den Angeſchuldigten der öffentlichen Verhandlung zu unterwerfen. Vor der richtenden Anklagekammer müßten demzufolge der Generalprocurator mit ſeinem Anſpruche auf die Zulaſſung ſeiner Anklage, auf der andern Seite der Angeſchuldigte mit der Forderung dieſe Anklage abzuweiſen, ſie für unerheblich zu erklären auftreten; der Gerichtshof, zwiſchen beiden Parteien ſtehend, hätte die Entſcheidung zu fällen. Es wäre dies eine Verhandlung, ganz analog dem ſchottiſchen, dem Interlocutor of Relevancy vorangehenden Verfahren, ganz entſprechend den Grundſätzen des Accuſationsproceſſes. Das Verfahren vor der franzöſiſchen Anklagekammer iſt aber ein weſentlich anderes. — Wir wollen nicht darauf hinweiſen, daß der Generalprocurator perſönlich vor den Richtern erſcheint und daß die unter ſeinem Einfluſſe entſtandenen Vorunterſuchungsacten die einzige Grundlage der Verhandlung bilden; daß der Angeſchuldigte nicht perſönlich zugegen iſt, und blos ein Mémoire einreichen kann, das, in ſehr kurzer Zeit vollendet, oft nicht einmal auf Grundlage der Acten entworfen iſt [35]) und das jedenfalls den Anträgen des Generalprocurators nicht entgegentreten kann, weil dieſe dem Angeſchuldigten nicht mitgetheilt werden; — daß alſo von zwei gleichberechtigten Parteien auch hier nicht zu reden iſt. Aber die Anklagekammern haben nicht darüber zu entſcheiden, ob eine ihnen vorgelegte beſtimmte Anklage begründet oder unbegründet iſt; ſie haben nur einen Vortrag des Generalprocurators und deſſen Anträge anzuhören, und nach Ableſung ſämmtlicher Proceßacten (art. 218 und 222 des Code d'Instruction criminelle) ganz ohne Rückſicht auf die Anträge des Anklägers, ohne Rückſicht darauf, ob der Angeſchuldigte dieſem ent-

[35]) Nach franzöſiſchem Gerichtsgebrauch hängt die Mittheilung der Acten vom Ermeſſen des Generalprocurators ab, attendu que si les procureurs généraux ont la faculté de permettre la communication des procédures criminelles, soit pour faciliter la confection des mémoires dont parle l'article 217 . . . c'est à eux de juger si cette communication officieuse peut se faire sans inconvenient et que lorsqu'ils croient devoir la refuser, il n'appartient pas à la chambre d'accusation de l'ordonner etc. . . . Arrêt de la Cour Royale de Poitiers du 30. janv. 1832.

gegentritt oder nicht, zu untersuchen, ob gegen letzteren „Beweise oder Anzeigen einer durch das Gesetz als Verbrechen bezeichneten Handlung vorliegen; und ob diese Beweise oder Anzeigen schwer genug sind, um die Versetzung in den Anklagestand aussprechen zu können" (art. 221). Die Anklagekammer ist also nur darauf angewiesen, die unmaßgebliche Meinung des Anklägers anzuhören, und kann dann, ganz ohne im geringsten auf diese Rücksicht zu nehmen, verfügen, was ihr gut dünkt. Der Verzicht des Angeschuldigten auf Bestreitung der Erheblichkeit der Anklage, der Antrag des Anklägers auf Entlassung des Angeklagten würden gleich wirkungslos bleiben. Sie kann endlich aus den Acten Thatsachen, die beide Parteien unbeachtet ließen, hervorheben, ja selbst neue Untersuchungen anordnen, und nun den Angeklagten wegen einer Handlung, die sie erst bezeichnet, unter der Sanction eines erst von ihr anzuführenden Strafgesetzes vor die Assisen weisen. Die Anklage, wie immer sie gestaltet sein möge, geht demnach erst von der Anklagekammer aus, sie liegt nicht in den Requisitionen des Staatsanwalts, sondern im Verweisungserkenntnisse, das bestimmt ist, die Grundlage der Anklageschrift, des öffentlichen Beweisverfahrens und des Geschwornenausspruchs zu werden. Die Anklagekammer führt also selbst die Anklage: sie ist Partei und nicht richterliche Behörde. Man wende nicht ein: daß ja die Anklagekammer den Angeschuldigten von der Anklage auch entbinden könne; sollte dies die Parteilosigkeit der Anklagekammer beweisen, so müßte der schottische Lord-Advocate für einen Richter gelten können. Eben weil sie das Recht hat, anzuklagen, hat sie auch das Recht, die Anklage zu unterlassen. — Wenn ferner gegen die Entscheidung der Anklagekammer die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt werden kann, so beweist dies nicht, daß sie richterliche Functionen übe, sondern daß der französische Gesetzgeber ihr solche zu übertragen meinte. — Damit aber, daß einer Gerichtsbehörde das Recht zuerkannt wurde, Anklagen zu erheben, wurde dem öffentlichen Ankläger dieses Recht nicht ganz aus den Händen genommen; er entwirft auf Grundlage des Verweisungserkenntnisses die Anklageschrift, er findet in der Voruntersuchung die Beweise für eine Behauptung, die gar nicht von ihm ausgeht; er führt die Anklage vor dem Assisenhofe, wo er zum Ersatze für die Schmälerung seiner Rechte als Ankläger einiger richterlichen Rechte genießt; er kann übrigens dort die Anklage wenigstens indirect fallen lassen, sobald ihm dies angemessen erscheint.

Es könnte indeß wenigstens scheinen, daß diese Verläugnung des Accusationsprincipes dem Angeklagten zu Statten komme, da nun nicht von einem einzelnen abhängigen Beamteten, sondern von einem Collegium von Richtern darüber entschieden wird, ob er vor Gericht zu stellen sei oder nicht? Es drängt sich aber zunächst die Bemerkung auf, daß bei der jetzigen Gestaltung des französischen Processes, für die Erhebung der Anklage Niemand auch nur moralisch verantwortlich gemacht werden kann; der Staatsanwalt beim Untersuchungsgericht wird durch die Rathskammer gewissermaßen verdeckt; der Generalprocurator stellt der Anklagekammer nur unmaßgebliche Anträge; — die Anklage selbst liegt in dem von diesem Anfrage ganz unabhängigen Verweisungserkenntnisse, bei dessen Erlassung die Majorität entschied, für das also kein Einzelner verantwortlich wird, weil sein Votum nicht bekannt wird. Die Durchführung der Anklage vor den Assisen fällt nur selten demjenigen Beamteten zu, der auf die Anklagekammer wenigstens berathenden Einfluß übte, also Jemand, dem die Sache bisher vollkommen fremd blieb, und der berufen wird, eine fremde Ansicht zu verfechten. Keiner also, der auf die Verweisung des Angeklagten einen Einfluß zu üben hat, wird dabei von dem Gedanken in Schranken gehalten, der dem schottischen Staatsanwalt Mäßigung aufzwingt, von dem Gedanken, daß er genöthigt sein werde, die einmal aufgestellte Ansicht öffentlich zu verfechten; im Gegentheil beruhigt sich das Gewissen jedes Einzelnen sehr leicht dabei, daß er über den Angeschuldigten nicht allein und nichts Definitives bestimmt, daß man ihn ja nur vor die Assisen weise, wo er ja, unschuldig, nothwendig freigesprochen werden muß.

In der That wird wohl kaum Jemand behaupten wollen, es biete die Anklagekammer dem Angeklagten mehr Garantie, als der Assisenhof, und es wäre denkbar, daß Jemand nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung von den immer minder argwöhnischen Geschwornen für schuldig erklärt werden könnte, den rechtsgelehrte Richter, die, blos auf Acten gestützt, nach Anhörung des Anklägers allein entscheiden und die schon mit bloßen Verdachtsgründen sich begnügen dürfen, für anklagefrei erklärt haben würden. Es kann also der Vortheil, den die Berathung der Anklagekammer dem Angeschuldigten gewährt, nur darin bestehen, daß sie dem Unschuldigen die Haftzeit kürzt und die Unannehmlichkeiten der Hauptverhandlung erspart. — Was nun ersteren Punkt betrifft, so ist allerdings nicht zu läugnen, daß unter gewissen Umstän-

den durch den Ausspruch der Anklagekammer der Angeschuldigte um fast drei Momente früher dem Kerker entkommt, als wenn er erst durch den Ausspruch der Jury befreit würde. Es ist aber doch auch zunächst nicht zu übersehen, daß ein so beträchtlicher Zeitraum nur selten gewonnen würde; es ist dieses nämlich nur dann der Fall, wenn während oder unmittelbar nach dem Schluß einer Assise die Acten an den Generalprocurator gelangen. In diesem Fall müßte der Angeschuldigte bis zur nächsten Assise im Gefängniß bleiben, sofern ihn die Anklagekammer nicht lossprächе. Indeß dürfte auch hier ein meist nicht unbeträchtlicher Zeitraum verfließen, ehe der Beschluß der Anklagekammer vollzogen werden kann. Der Generalprocurator wird nämlich (art. 217 des Code d'Instruction) allerdings verpflichtet, „innerhalb fünf Tage nach Empfang der Acten die Sache in Stand zu setzen" (de mettre l'affaire en état) und in zehn Tagen den Bericht an die Anklagekammer zu erstatten: und diese hat innerhalb drei Tagen zu entscheiden. Wenn also der Generalprocurator nicht die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das freisprechende Erkenntniß der Anklagekammer einlegen zu müssen glaubt; — in diesem Falle geht natürlich fast der ganze gewonnene Zeitraum wieder verloren —; so kann etwa 14 Tage nach dem Eintreffen der Acten am Sitze der Anklagekammer dem Angeschuldigten seine Entlassung angekündigt werden. Allein es darf nicht übersehen werden, daß das Gesetz dem Generalprocurator und dem Präsidenten der Anklagekammer zwar jene Fristen auferlegt, aber auf die Nichteinhaltung derselben keine Strafsanction setzt [39]). Sie stehen als pia desideria im Gesetzbuche und nicht etwa in Folge eines Versehens des Gesetzgebers; im Gegentheile wurde mit vollem Bewußtsein absichtlich die Strafsanction weggelassen, damit der Generalprocurator nicht gar zu sehr bedrängt werde; es machte dies bei der Berathung im Staatsrath der Sectionsvorstand Faure ausdrücklich als einen Vorzug des Entwurfes geltend; aus eben diesem Grunde wurden aus art. 212 des Entwurfes (der dem jetzigen art. 217 entspricht) vor den Worten: „dans cinq jours" die Worte: „sous sa responsabilité" auf Graf Boulay's Vorschlag gestrichen, und somit ausdrücklich der Generalprocurator aller Verantwortung für die Verzögerung entbunden [40]). Die ganze Fristbestimmung besteht also factisch nur zum Nachtheil des Angeschuldigten,

[39]) Vgl. Berenger: de la justice criminelle en France. (Par. 1818.) p. 415.

[40]) S. Locré: Legislation civile et criminelle de la France. Vol. XXV. pag. 422.

dessen Vertheidigungsschrift nur beachtet wird, wenn sie rechtzeitig eingebracht wurde. — Wann das Arrêt der Anklagekammer dem Angeschuldigten angekündiget werden müsse, ist im Gesetze auch nicht gesagt; es können somit auch hier, besonders bei größerer Entfernung der Oertlichkeiten, mehrere Tage verstreichen, ehe das Entbindungserkenntniß dem Verhafteten wirklich zu Gute kommt. Selten wird also dieser auch nur 2 Monate durch das Institut gewinnen. — Untersuchen wir aber jetzt, was für Vortheile er diesen 2 Monaten der Freiheit opfern muß. Es ist wahr, was schon oben als ebenfalls für die Institution der Anklagekammern sprechend erwähnt wurde, es ist wahr, daß die öffentliche Verhandlung vor dem Assisenhofe den Angeklagten, besonders in Frankreich, in höchst peinliche Lage versetzt. Abgesehen von der Qual ängstlicher Erwartung, sieht der Angeklagte sich genöthigt, öffentlich von Gensd'armen umgeben, auf der Bank Platz zu nehmen, die aber- und abermals im emphatischen Style französischer Plaidoyers „die Bank der Diebe und der Mörder" genannt wurde; er wird in der Anklageschrift und in dem Verhör, dem er sich unterziehen muß, vom Staatsanwalt und Präsidenten nichts weniger als sanft und liebevoll behandelt; auch die Zeugenvernehmungen und das Plaidoyer bieten manches Herbe. Zum Theil ließe sich da wohl noch Manchem abhelfen; was aber für den Angeschuldigten das Wesentliche ist, besteht doch darin, daß der Wahrspruch der Jury, die ihn freispricht, ihn für immer willkürlicher Verfolgung entzieht, während das entbindende Erkenntniß der Anklagekammer fast ganz vom Belieben oder wenigstens Ermessen des Untersuchungsrichters und Staatsanwalts es abhängen läßt, ob auf den geringfügigsten Anlaß hin eine neue Untersuchung wegen derselben Thatsachen begonnen werden soll, und daß Target nur die Wahrheit sagte, als er in Bezug hierauf bei der Berathung im Staatsrath bemerkte: La loi ne met ni terme ni limites à la faculté de reprendre la procédure [41]). — Das Erkenntniß der Anklagekammer wird ferner in geheimer Sitzung erlassen, in der Stille des Gefängnisses dem Angeschuldigten angekündiget, und lautet häufig nur darauf, daß die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe nicht schwer genug seien. Es kommt also das entbindende Erkenntniß der Anklagekammer in Wesenheit und Wirkungen (die Verpflichtung zum Tragen der Kosten

[41]) Locré l. c., Vol. XXIV. p. 284.

abgerechnet) ganz der Instanzentbindung des Inquisitionsprocesses gleich, was allerdings mit Nothwendigkeit aus der Natur des Verhältnisses sich entwickelt, nichts destoweniger aber in dem seiner Sache gewissen Unschuldigen den Wunsch recht lebhaft machen muß, unmittelbar vor den Assisenhof gestellt zu werden. Er kann aber auf die angeblich zu seinem Schutze eingeführte Berathung der Anklagekammer nicht Verzicht leisten, so sehr er auch dies wünschen mag [42]).

Gereicht aber das Verfahren vor der Anklagekammer selbst dann kaum dem Angeschuldigten zum Vortheile, wenn die Anklage zurückgewiesen wird, so ist dies natürlich noch viel weniger dann der Fall, wenn, was doch als die Regel anzunehmen ist, die Verweisung vor den Assisenhof verfügt wird. Die Anklagekammer ist weder dem Unschuldigen noch dem Schuldigen eine Garantie gegen willkürliche Verlängerung der Einkerkerung; der Angeklagte kann sich an sie nicht gleichzeitig mit dem Generalprocurator wenden. Er bleibt während der ganzen Voruntersuchung in Haft, und es hängt blos vom Ermessen des Untersuchungsrichters und des Staatsanwalts ab, wann diese geschlossen werden soll; höchstens könnte die Rathskammer noch eine Ergänzung d. h. eine Verlängerung derselben verfügen. Wenn also die Freiheit des Angeschuldigten unbedenklich während des unbegrenzten Zeitraums der Willkür anheimgestellt wird, sollte, so scheint es, wenigstens die Anklagekammer ihm die baldige Vorführung vor das zuständige Gericht sichern; und in der That werden jetzt, wie vorhin erwähnt, dem Staatsanwalt und selbst dem Gerichtshofe gewisse Fristen vorgezeichnet. Aber wir haben schon früher gesehen, daß die Einhaltung dieser Fristen durch keine Strafsanction gesichert ist, daß also dem Angeklagten kein Rechtsmittel gegen einen Generalprocurator zustünde, der etwa Wochen lang die Berichterstattung an die Anklagekammer aufschiebt; wir haben darauf

[42]) Eigenthümliche Widersprüche bringt manchmal die Verschiedenheit in den Wirkungen der freisprechenden Erkenntnisse der Anklagekammer und des Assisenhofes hervor. So wurde am 3. December 1851 Franz Polz vor dem Wiener Schwurgerichtshofe des Raubes angeklagt; zwei Personen, die als dessen Mitschuldige in die Untersuchung gezogen und von der Anklagekammer entlassen worden waren, *weil die gegen sie vorliegenden Verdachtsgründe nicht schwer genug schienen*, erschienen als Zeugen; der Assisenhof beschloß, sie nicht zu beeidigen, weil sie selbst im Verdachte stehen, das in Rede stehende Verbrechen begangen zu haben, (§. 178 der österr. Strafpr. O.). Franz Polz, der der Anklagekammer viel verdächtiger schien, wurde freigesprochen, und für immer durch denselben Gerichtshof alles Verdachtes überhoben, welcher dem Gesetze gemäß die beiden früheren Mitangeklagten, die von der Anklagekammer als weniger gravirt Erklärten, als Verdächtige behandeln mußte.

schon früher hingewiesen, daß der Augenblick der Ankündigung des Verweisungserkenntnisses so lange hinausgeschoben werden kann, als es den betreffenden Beamteten beliebt, weil kein Gesetz diesen Zeitpunkt fixirt; erst 24 Stunden nach Verkündigung des Verweisungserkenntnisses wird der Angeklagte in das Gefängniß des Assisenhofes abgeführt, und bekanntlich ist erst damit entschieden, daß seine Sache in der nächsten Schwurgerichtssitzung erledigt werden muß. Da also weder vor noch nach der Zeit der Verhandlungen vor der Anklagekammer der Haft des Angeklagten eine gesetzliche Grenze gesteckt ist, kann dieses Verfahren dem vor die Assisen Gewiesenen keinerlei Garantien gegen willkürliche Festhaltung im Gefängnisse gewähren, selbst wenn der Generalprocurator aus eigener Bewegung den ihm für dasselbe gesteckten Termin streng einhält. Selbst wenn dieser sich noch so sehr beeilt, ist ja für den vor die Assisen Gewiesenen die ganze Zeit der Verhandlung vor der Anklagekammer eine verlorne — *eine für ihn nutzlose Verlängerung* seiner Haft und zwar eine Verlängerung, die unter Umständen sehr beträchtlich werden kann (wenn z. B. die Ordonnanz der Rathskammer kurz vor der Eröffnung einer Schwurgerichtssitzung erlassen wird).

Es bleibt uns jetzt nur noch *eine* Seite der Thätigkeit der Anklagekammer zu betrachten übrig: die juristische Bezeichnung der dem Angeklagten zur Last gelegten That und die Competenzbestimmung. Was die letztere betrifft, so hängt sie bekanntlich in Frankreich (besonders seit Aufhebung der Specialgerichte) unbedingt von der Bezeichnung des Strafgesetzes ab, unter welches die strafbare Handlung fallen soll, so daß sie sich, wie dieses richtig bezeichnet ist, mit mathematischer Gewißheit ergibt; hiezu also hätte es gewiß der Einsetzung eines *besondern* Gerichtes nicht bedurft. Zur Beantwortung der Frage: ob ein Verbrechen in der vom Angeschuldigten angeblich begangenen Handlung liege, und welches dieses Verbrechen sei, — scheinen uns allerdings Richter besser geeignet, als die englischen Anklagegeschwornen. Allein entweder soll durch den hierauf bezüglichen Ausspruch der Anklagekammer definitiv etwas festgestellt werden, oder er hat blos die Bestimmung, die Anklage vor Verirrungen zu schützen. Heißt es nun aber nicht die Vorsicht gar zu weit treiben, wenn ein so hoch gestellter Beamteter, wie der Generalprocurator, der Inhaber einer Stelle, bei deren Ausfüllung die Regierung unter den besten Juristen wählen kann, wenn dieser noch unter Vormundschaft gestellt wird? Zum mindesten also

liegt in dieser Verwendung der Anklagekammer eine ganz ungerechtfertigte Vergeudung von Kräften; überdies tritt auch hier die schon hervorgehobene Theilung der Verantwortlichkeit hervor, durch welche diese fast aufgehoben wird.

Es steht ferner auch die zwitterhafte Stellung der Anklagekammer der wissenschaftlichen Betrachtung ihrer Thätigkeit im Wege; es ist gar nicht zu entscheiden, in welcher Eigenschaft (ob als Ankläger — ob als Richtercollegium) sie sich hier ausspricht; ob auch die juristische Bezeichnung der That eine bloße Behauptung oder eine definitive Entscheidung enthalten soll? Wie sollte indeß letzteres anzunehmen sein? Die Anklagekammer bezeichnet die verbrecherische Thätigkeit wo möglich mit denselben Worten, mit denen sie in dem nach ihrer Ansicht derselben entsprechenden Strafgesetz definirt wird; und eben diese Stylisirung ist es, die der an die Geschwornen gerichteten Frage, also dem Wahrspruch, zu Grunde liegt. Es ist Sache der Geschwornen, zu beurtheilen, ob die Worte, mit welchen die Anklagekammer die verbrecherische Handlung charakterisirt, das wirklich Vorgefallene genau bezeichnen; es ist Sache des Assisenhofes, zu entscheiden, ob die im Wahrspruch beschriebene Handlung strafbar sei und welches das Strafgesetz, unter das sie falle? Dem Assisenhof steht dies Recht ohne Frage auch dann zu, wenn der Wahrspruch dem Verweisungserkenntnisse wörtlich entspricht. Es ist also der Fall recht wohl denkbar, daß die Entscheidung eines höher stehenden Richtercollegiums von einem weniger hochgestellten umgestoßen oder auch — mehr als billig geachtet würde; wie ja factisch das Ansehen der Anklagekammer auch auf den Wahrspruch oft ungebührlich einwirkt[43]).

Aber auch ohne die Möglichkeit ärgerlicher Conflicte vor Augen zu haben, müssen wir uns sagen, daß gerade die Anklagekammer am wenigsten zur Lösung der Rechtsfrage berufen sein könne (diese nämlich liegt im bezüglichen Ausspruch der Anklagekammer; denn, wäre diese entscheidend, so bliebe, nachdem die Jury die Thatsache constatirt, dem Gerichtshof in der Assise nur übrig, die im Verweisungserkenntnisse citirten Artikel des Code pénal abzulesen und anzuwenden). Geht man von der Voraussetzung aus, daß der wichtigen und unbefangenen Lösung dieser Frage die genaue Kenntniß der Einzelnheiten dieses Factums (wir möchten fast sagen: der eigenthümlichen Physiognomie desselben) nicht

[43]) Vergl. Stemann: Die Jury in Strafsachen (Hamb. 1847) S. 284.

förderlich sei; so kann man gewiß die Anklagekammer hiezu nicht befähigt glauben, da sie ja von den Voruntersuchungsacten Kenntniß nimmt. Wäre es unter dieser Voraussetzung nicht in jeder Beziehung räthlicher, den Assisenhof (der dann auch nie in die Lage käme, einen Fall beurtheilen oder wenigstens verhandeln zu müssen, in Bezug auf welchen er sich nicht für competent hält) darüber entscheiden zu lassen, ehe die Jury gebildet wird? — Sollte dagegen genaue Bekanntschaft mit den Einzelheiten des fraglichen Falles wünschenswerth scheinen, so kann man diese doch wohl der Anklagekammer nicht zuschreiben, die eben nur die Acten, nicht aber die viel wichtigeren Ergebnisse der Hauptverhandlung kennt, weßhalb man sich in diesem Fall wieder mit dem Rechte des Assisenhofes, die Tragweite des Wahrspruchs zu beurtheilen, und diesen selbst durch die Fragestellung zu regeln, begnügen könnte. Man muß ferner darauf Rücksicht nehmen, daß, wie schon früher bemerkt, der Ankläger auch in dieser Hinsicht unmittelbar auf die Entscheidung der Anklagekammer einwirken kann, während die Gegenpartei nur eine unter höchst ungünstigen Umständen abgefaßte Vertheidigungsschrift einreichen kann, daß also auch hier kein contradictorisches Verfahren stattfindet. Wollte man sich deshalb auf den Satz: „Jus novit curia" berufen, so wäre man nur consequent, wenn man auch nach Abgabe des Wahrspruches den Parteien keinen Vortrag gestattete; und selbst dann ließe sich's wohl rechtfertigen, daß *keine*, nicht aber daß nur *eine* der beiden Parteien vor der Anklagekammer angehört wird.

Wir glauben also nachgewiesen zu haben, daß alle jene Gesichtspunkte, die bei der Regelung des für die Versetzung in den Anklagestand einzuhaltenden Verfahrens festzuhalten waren, von der Gesetzgebung in Frankreich außer Acht gelassen wurden; daß die Anklage keiner bestimmten Behörde ausschließend zusteht, daß die Competenzbestimmung und die juristische Festhaltung der Anklage in unzweckmäßiger Weise geschieht; daß der ganze complicirte Mechanismus dem Angeklagten kein Mittel sichert, sich gegen Verschleppung des Processes zu sichern, und daß, wenn diese Institutionen vor willkürlichen Anklagen schützen — der Schutz durch andere Einrichtungen leichter, sicherer und mit viel geringeren Opfern zu erlangen wäre. Vielleicht ist dies Alles viel energischer in folgenden Worten ausgesprochen, mit denen ein französischer Justizminister die unter dem Namen der Septembergesetze bekannten Ausnahmsmaßregeln empfahl: „Ohne die Interessen des Angeklagten zu

verletzen, ohne ihm eine Gewähr entziehen zu wollen, welche Gesetz, Vernunft und Gerechtigkeit fordern, unterdrücken wir die Verfügung der Rathskammer und das Verweisungserkenntniß. Alles Uebrige bleibt.... Der Untersuchungsrichter beendigt seine Arbeit und übergibt sie der Staatsbehörde, welche untersucht, ob die Sache so reiflich durchforscht und so sicher gestellt sei, daß sie's auf sich nehmen könne, den Angeklagten dem Assisenhofe unmittelbar anheim zu geben. Nebenbei gesagt liegt in dieser Entschließung des Generalprocurators eine hinreichende Sicherstellung des Angeklagten; denn ich ziehe die Verantwortlichkeit eines Menschen der mehrerer vor. Die Verfügung der Rathskammer gewährt dem Angeklagten keinerlei Sicherung; denn es reicht hin, daß eine Stimme sich für Fortsetzung des Processes ausspreche, um ihn der Cour royale anheim zu stellen; und fände sich kein Richter, der diese Ansicht hätte, so würde der Wille der Staatsbehörde allein ausreichen. Das Erkenntniß der Anklagekammer scheint ein bedeutendes Sicherungsmittel zu sein .... Es ist wahr, der Angeklagte hat Aussicht darauf, nicht vor den Assisenhof verwiesen zu werden; ebenso wird er die Aussicht haben, daß die Staatsbehörde ihn nicht verfolgen werde; denn daraus, daß verfügt wird, die Staatsbehörde könne, nach Uebernahme der Sache, sie dem Assisenhof zuweisen, folgt noch nicht, daß dies jedesmal wirklich der Fall sein müsse; auf die Erfahrung gestützt, behaupte ich, daß sie viel seltener anklagen werde, eben weil sie verantwortlich sein wird".[44])

So sprach sich ein französischer Justizminister über das in Frankreich geltende System der Anklagestandversetzung aus; und die Kammern, die den mit solcher Motivirung eingebrachten Gesetzentwurf annahmen, gaben damit stillschweigend die Richtigkeit derselben zu; und man darf wohl fragen, wie ein System, das so in sich selbst zerfällt, nur einen Tag nach dieser officiellen Anerkennung fortbestehen konnte. Indeß weiß man ja, daß die ganze Maßregel, aus bloßen Parteitendenzen hervorgehend, von ganz anderen als den angegebenen Beweggründen getragen wurde, und daß diejenigen, die jene Gründe geltend machten, vollkommen bereit gewesen wären, auch die entgegengesetzten

[44]) Rogron, Code d'instruction (Brux. 1846) p. 136.

geltend zu machen, wenn dies die Pläne des Augenblicks gefordert hätte. Viel interessanter ist wohl die Frage, wie man überhaupt dazu kommen konnte, ein solches System einzuführen; irgend ein tief verborgener Vortheil, sagt man sich, muß doch mit diesen Einrichtungen verbunden sein, wenn Männer von unbestreitbar großer Einsicht sich mit den greifbaren Nachtheilen derselben versöhnen konnten. Eben die gar so schreienden Widersprüche des Systems würden so für dasselbe sprechen, wenn es uns nicht gelingt, dessen Annahme und Aufstellung zu erklären. Dazu ist aber nöthig, einen wenn auch flüchtigen Blick auf die Geschichte der Gliederung des Strafprocesses auf dem europäischen Continent und namentlich in Frankreich zu werfen.

§. 5.

Drei Hauptformen des Strafverfahrens sind es bekanntlich, aus deren Zusammenwirken in den von germanischen Völkern gegründeten Continentalstaaten der Strafproceß zu seiner heutigen Gestalt sich entwickelte, der römische, der germanische und canonische Criminalproceß. Der römische Proceß, obgleich in Einzelheiten mannigfaltig unter den Kaisern umgestaltet, hatte doch im Wesentlichen die alte, früher als die Grundform des Anklageprocesses dargestellte Gestaltung bewahrt. Wir brauchen daher nur einige Bemerkungen über die beiden andern nachzutragen.

Auch das germanische Strafverfahren war, wie dies ja immer bei jugendlichen Völkern der Fall ist, rein accusatorisch; aber begreiflicherweise mußte es nichts destoweniger bei den einfachen Verhältnissen der Germanen sich ganz anders entwickeln, als bei den auf der Höhe der Cultur stehenden Römern. Es scheint, daß nur die Entscheidung der jeweilig aufgeworfenen Rechtsfrage Schwierigkeiten hatte; die Nachweisung des Factischen, das Beweisverfahren, machte sich bei der Einfachheit der Verhältnisse, so zu sagen von selbst. Die Verbrechen, die begangen werden konnten, waren einfach, sie waren meist Thaten der Gewalt, von Uebermächtigen vor den Augen Aller begangen, die zusehen mochten. Die Wahrhaftigkeit war ein so tief wurzelndes Element des Volkscharakters, daß sie viel später als irgend eine andere gute Eigenschaft selbst die verderbteren Individuen verließ. Man glaubte eher an die Möglichkeit eines Verbrechens, als an die einer falschen Anklage, so wie sich selbst bei Personen, die eines Verbrechens fähig waren, nicht unbedingt voraus-

setzen ließ, daß sie an den Grundsatz aller modernen Verbrecher: „Si fecisti, nega" sich halten würden. Wenn aber doch der Angeklagte Widerspruch gegen die Anklage erhebt, so ergibt sich dem einfachen Sinne eines unbedingt gläubigen Volkes ein einfaches Auskunftsmittel: die Parteien müssen Gott zum Richter oder vielmehr zum Zeugen anrufen, und Gottes Ausspruch ist es, auf den der irdische Richter sein Urtheil stützt. Es läßt sich also recht wohl begreifen, wie der Zeugenbeweis nur auf Umwegen in das germanische Strafverfahren gelangen konnte, und wie man darauf kam (auch in Civilprocessen), die Feststellung der Thatsachen, als ein ganz außer dem Bereich richterlicher Entscheidung liegendes Moment, erwählten Zeugen anheim zu stellen. Die Pflicht dieser Zeugen war: veritatem dicere [45]). Wie sie jedoch die Kenntniß dieser Wahrheit sich verschaffen wollten, das scheint gänzlich ihrem Ermessen überlassen gewesen zu sein, so daß es allerdings nur auf die Erlangung einer conviction intime ankam. Begreiflicherweise kam damit in das, was jetzt den wesentlichsten Bestandtheil des Strafprocesses bildet, ein starkes inquisitorisches Moment, ohne daß der Proceß selbst, aus dem ja eben das Beweisverfahren ausgeschieden wurde, davon ergriffen worden wäre; der germanische Strafproceß blieb, so lange er rein bestand: accusatorisch. Selbst noch bei den Femgerichten war der Proceß eröffnet, sobald ein Ankläger sich gefunden hatte. Nach altem Recht sehen wir im heimlichen Gerichte der Femgenossen den Kläger seine Klage aufstellen, ohne daß er Beweise anzuführen brauchte. Er hat vorläufig allein Glauben [46]). Nur war es, da nicht für jedes Verbrechen, noch für jede Person das Femgericht zuständig war, nöthig, daß vorher Schöffen und Genossen darüber Urtheil fanden, ob die Sache femvroge sei? [47]).

Ein ganz anderer mußte natürlich der Entwicklungsgang im canonischen Rechte sein. In der Regel entweder bloß mit der Wahrung der sittlichen Ordnung oder mit Aufrechthaltung der Kirchendisciplin beschäftigt, hatte der Strafproceß des canonischen Rechtes mit einem richterlichen Geschäfte nur äußerliche Analogie; in der Person des Bischofs war deshalb in vielen Fällen schon in frühester Zeit Ankläger und Richter vereinigt. Und so kam es, daß aus dem canonischen Processe

45) Cap. II. 808. n. 3.; Cap. II. 819. n. 1. S. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschwornengerichte (Leipz. 1827) S. 123. Wigand das Femgericht Westphalens. (Hamm 1825).

46) Wigand a. a. O. S. 374.

47) Ebend. S. 357.

durch die Natur der Verhältnisse die wesentlichen Elemente des Accusationsprocesses, daß die parteilose, abwartende Stellung des Richters längst verschwunden war, als er noch mit den unwesentlichen Formen des römischen Processes, aus denen er sich entwickelte, im Streite lag. Es handelte sich da mehr um den äußern Anstoß zur Eröffnung des Processes; ob dieser von einem Ankläger (wie allerdings noch lange als die Regel angenommen ward)[48]) oder von den rügenden Sendzeugen[49]) oder von dem öffentlichen Gerede ausging, hatte auf den weiteren Gang des Processes, sobald dieser einmal eröffnet war, keinen wesentlichen Einfluß. Aber je härter und drückender sich dieser gestaltete, je weniger der Angeklagte hoffen durfte, unversehrt aus dem Processe hervorzugehen[50]), desto größere Sorgfalt mußte natürlich auf den Ausgangspunkt des Verfahrens verwendet werden. Wenn daher auch nicht mehr eine förmliche Anklage nöthig war, um zur Einleitung eines Processes zu bestimmen, so war doch bei der denunciatio und der eigentlichen inquisitio große Vorsicht angerathen. Letztere konnte nur dann eintreten, wenn ein verbreitetes Gerücht gegen eine Person sprach, und es war nothwendig, das Vorhandensein dieses Gerüchtes zu constatiren, ehe weiter verfahren wurde[51]). Da nur über die Thatsachen, auf welche das Gerücht sich bezog, Inquisition eingeleitet werden konnte und der Angeklagte das Vorhandensein des Gerüchtes bestreiten durfte, war es nothwendig, eine dem Anklagelibell analoge Zusammenstellung der Ergebnisse dieser allge-

---

[48]) Biener a. a. O. S. 38 ff.

[49]) Selbst zur Zeit der vollsten Entwicklung der Ketzerinquisition scheint dem Richter die Abweisung einer Anklage nicht zugestanden zu haben So heißt es bei Eymericus Directorium Inquisitorum haer. prav. (Romae 1588. n. 71. pag. 443): „Inquisitor mandabit accusatori, quod nomina testium producat . . . . Et si reperiatur, quod nihil faciant ad factum, *inquisitor consulat accusatori, quod desistat*" — was übrigens noch von Degner (Comm 14.) bestritten wird. An einer anderen Stelle heißt es in Bezug auf Accusation: Et attendat inquisitor, quod istum procedendi modum non libenter admittat, tum quia non est in causa fidei usitatus, tum quia accusanti multum periculosum (p. 444). Fast wörtlich dasselbe im Malleus maleficarum (Lugd. 1614) p. 327.

[50]) Der für einen der Ketzerei Angeklagten günstigste Ausgang des Processes war seine Freilassung: „quia non invenimus aliquid contra te legitime *fore* probatum." — Die Tortur war nicht Beweismittel, wie oft fälschlich behauptet wurde, sondern einer der Proceßausgänge. Bekannte der Torquirte, so verfiel er damit der Strafe; bekannte er nicht, so ward er darum nicht für unschuldig gehalten. Ubi autem decenter (!) quaestionibus et tormentis expositus, noluerit *detegere veritatem*; amplius non vexatur, sed abire libere dimittatur. Nur wenn er es ausdrücklich verlangte, sollten ihm die Richter die Freisprechung in der gewöhnlichen, beschränkten Weise ertheilen.

[51]) c. 19. X. de accus.; Biener a. a. O. S. 48.

meinen, anerkanntermaßen dem eigentlichen Proceß vorangehenden Unterſuchung aufzuſetzen. Wo, wie bei der ſpaniſchen Inquiſition, die Mitwirkung des Fiscalprocurators eintrat, wurde es in dieſem Stadium ihm anheimgeſtellt, auf Captur anzutragen, welche übrigens der Richter auch ohne dieſen Antrag verfügen konnte. Jedoch ſollte dieſer Verfügung eine Berathung mit Verſtändigen vorangehen. (Habito peritorum consilio, quid facto opus sit deliberat [52]).

Während nun in dem von der Aufeinanderwirkung der römiſchen, canoniſchen und germaniſchen Proceßformen beſtimmten Gange der Strafproceſſe in den verſchiedenen Ländern das eigentliche Verfahren (bei dem Ueberwiegen der Inquiſition die Specialinquiſition genannt) theils durch Gewohnheitsrecht und Geſetz, theils (wie namentlich in Frankreich) durch die Mitwirkung eines öffentlichen Anklägers an gewiſſe feſte Regeln, wenn auch nur loſe, gebunden war, ſah ſich in der Generalunterſuchung der Richter nur auf eigenes Ermeſſen gewieſen; und es läßt ſich daher leicht erklären, wie nach und nach, ſo viel nur thunlich, der Kern der Sache in dieſer Vorunterſuchung verlegt ward. Dazu kam noch eine humane Rückſicht für den Angeklagten. Es war im Laufe der Zeiten dahin gekommen, daß die Unterſuchung nicht ſelten für härter angeſehen werden mußte, als daß Urtheil, das im ſchlimmſten Falle erfolgen konnte, und daß es daher, genau genommen, für den Angeklagten räthlicher war, ſich ohne eigentlichen Proceß verurtheilen zu laſſen, als in Folge eines ordentlichen Proceſſes freigeſprochen zu werden. Dies iſt wohl zwiſchen den Zeilen folgender Worte Böhmer's [53]) zu leſen: „Utilitas publica quidem inquisitiones commendat, ne delicta maneant impunita; nulla vero ratio exigit, ut id cum injuria reorum graviori fiat, quam qualem vindicta publica sua natura secum fert. Est utique inquisitio specialis res existimationi inimicissima, et intuitu reorum odiosissima. . . . Praejudicium, quod ex ipsa leviorum delictorum poena dependet, longe minus est, quam illud, quod inquisitioni speciali cohaeret.“ [54]) Auf dieſes Raiſonnement

[52]) Pegna, Comm. n. 16 (l. c. p. 452). Madrider Inſtruction v. 1569. c. 3.

[53]) Observationes selectt. ad B. Carpzovii J. C. Pract. nov. rerum Crim. Imp. Sax. (Francof. 1759.) Ad quaest. CVII. obs. I.

[54]) Vielleicht läßt ſich daher auch eine Aeußerung Beccaria's erklären, aus der ſich ergibt, daß zu jener Zeit die militäriſche Unterſuchungshaft für minder ehrenkränkend galt. Das Verfahren der Militärgerichte war immer raſcher und minder tief eingehend, als das der Civilgerichte.

geſtützt, zog man auch den Angeklagten ſelbſt, der früher im eigentlichen Proceß vernommen ward, in das Bereich der Generalunterſuchung; man machte dies anfangs dadurch möglich, daß man ihn (wieder mit Nachhilfe des Ketzerproceſſes, in dem ja auch der Angeklagte beeidigt wurde) als Zeugen vorlud oder wenigſtens unbeſtimmt ließ, in welcher Eigenſchaft er erſcheine; und der Angeklagte glitt in einen Criminalproceß allmälig hinein, ohne daß er oder ſeine Richter beſtimmen konnten, wann eigentlich dieſer Proceß begonnen habe. Die ſo entſtandene ſummariſche Unterſuchung, der Mittelpunkt des ganzen Proceſſes, von dem der Ausgang desſelben weſentlich abhing, war und blieb, wie die Voruntersuchung, formlos, bis am Ende des vorigen Jahrhunderts der Ruf nach Reform auch hier durchdrang, und in Deutſchland eine bis in die letzteren Jahre reichende Reihe von Strafproceßordnungen, in Frankreich weitergehende Verſuche ins Leben rief, mit denen wir uns nun beſchäftigen wollen.

Unter den Rechten, die die Conſtituante dem franzöſiſchen Bürger zu ſichern ſich vorgeſetzt hatte, ſtand das auf Sicherheit perſönlicher Freiheit obenan[55]). Ueber die Sache ſelbſt war Alles einig, obgleich zur Verfechtung des Princips noch manche lange Rede gehalten wurde. Wie aber das Recht mit den Forderungen der Rechtspflege, ja mit dem Abſchreckungsſyſtem, an dem die Verſammlung feſthielt, in Einklang bringen? Es wurden die verſchiedenſten Vorſchläge gleichzeitig eingebracht und die Verwirrung ward dadurch noch geſteigert, daß die Proceßformen gleichzeitig mit den Grundfragen der Gerichtsverfaſſung erörtert wurden. Das Beiſpiel Englands, von Montesquieu, deſſen Geiſt noch immer die Verſammlung durchwehte, ſo beredt empfohlen, ſchwebte allerdings als leitender Gedanke vor; es war indeß nichts weniger als eine vollſtändige Kenntniß des engliſchen Proceſſes auch nur bei einem Mitgliede zu ſuchen. Ward bei einer Erörterung auf engliſche Einrichtungen Rückſicht genommen, ſo wurden blos Einzelheiten betrachtet, ohne den Zuſammenhang mit Dazugehörigem, ohne die organiſche Gliederung des Ganzen zu berückſichtigen. Daß dabei von Sonderung des Weſentlichen vom Unweſentlichen keine Rede ſein konnte, verſteht ſich von ſelbſt. Das ſchottiſche Recht ſchien gar nicht beachtet zu werden.

Der leitende Gedanke war immer der, daß dafür geſorgt werden müſſe, daß der Angeſchuldigte, gegen welchen kein hinreichender Verdacht

[55]) Art. 7 und 9 der Droits de l'homme.

sich erhoben, möglichst schnell entlassen werde, und daß diese Entlassung nicht von der Willkür einzelner Beamteten abhängen solle. Der Conflict zwischen dem Accusations- und Inquisitionsprincip trat nicht in den Vordergrund, obgleich er in den beiden Vorschlägen Sieyes und Duport's seinen Ausdruck fand. Sieyes schlug vor, den Untersuchungsrichter gewißermaßen unter Controle zu stellen; auch die Voruntersuchung sollte collegialisch geführt werden (vom juge directeur de l'affaire und zwei der 27 Mitglieder der Jury). Der Conseil d'Instruction sollte also rein inquisitorisch vorgehen, dafür aber vom Conseil de décision vollkommen abgesondert sein[56]). Der Plan Duport's schloß sich ganz dem Aeußerlichen des englischen Musters an. Die Anklagejury soll aus 18 Mitgliedern bestehen; der Eid, den sie ablegt, ist dem englischen nachgebildet, sie verspricht ausdrücklich, von dem persönlichen Wissen jedes Einzelnen Gebrauch zu machen. Der Richter legt dieser Juré (so wird sie hartnäckig fortwährend in der Constituante genannt) die Anklageschrift vor und sie vernimmt die zu deren Unterstützung vorgeführten Zeugen. Auf Grundlage dieser Aussagen klagt die Jury, wenn eine Mehrheit von 12 Geschwornen dafür ist, den Angeschuldigten in ihrem eigenen Namen an (l'accusation, que vous allez porter, heißt es im Eid). Acht Tage nach Erhebung der Anklage muß diese, wenn nicht wichtige Gründe Aufschub heischen, der seconde Jury vorgelegt werden[57]).

Im Wesentlichen wurde dieser Vorschlag auch angenommen und ging ganz in das Gesetz von 1791 über. Der Directeur du Juré soll nach diesem den Angeklagten möglichst bald nach seiner Verhaftung vernehmen, und seine freie Erklärung hören; eine Vorschrift, die freilich sehr durch den Beisatz geschwächt wird, daß er keine question captieuse stellen soll. Auf Grund dieser und der Zeugenvernehmung entwirft der Directeur du Juré den Anklageact im Einverständniß mit der Civilpartei; er selbst darf nie eigenmächtig dies verweigern, muß vielmehr innerhalb 24 Stunden dem Tribunal, dem er angehört, Bericht erstatten, und der Verfügung desselben nachkommen, wovon im Anklageacte Erwähnung zu thun[58]). Der abgeschlossene Anklageact wird dem Staats-

---

[56]) Buchez et Roux, Histoire parlamentaire, vol. V. p. 250.

[57]) Ebendas. p. 217.

[58]) Im offic. Formulare einer Anklageacte heißt es: Sur le rapport fait par le directeur du Jure au Tribunal du district, le dit tribunal etc. . . . . En vertu de

anwalt (commissaire du Roi) mitgetheilt, dieſer hat blos zu beurtheilen, ob die in der Anklage und den Acten bezeichnete That wirklich ein Verbrechen ſchwerer Natur (emportant peine afflictive ou infamante) ſei. In dieſem Falle ſetzt er auf die Schrift die Worte: La loi autorise; im entgegenſetzten Falle erklärt er: la loi défend. Iſt mit letzterer Anſicht der Directeur du juré einverſtanden, ſo hat dies die Einſtellung der Unterſuchung zur Folge; bei Widerſprüchen entſcheidet das Tribunal. Vor den (acht) Geſchwornen müſſen die Zeugen ihre Ausſagen erneuern, und auf Grundlage derſelben entſcheidet die Jury per majora, ob der Anklage ſtattzugeben ſei. Sie darf an derſelben keinerlei Veränderung anbringen, und kann, ſofern ſie glaubt, daß ſie auf ein anderes Verbrechen gehen ſollte, dies nur durch die Formel ausdrücken: La déclaration du juré est, qu'il n'y a pas lieu à la présente accusation.[59]) Viel Mühe gibt ſich das Geſetz, den Geſchwornen ihre Aufgabe klar zu machen: „Sie haben nicht über Schuld oder Nichtſchuld zu erkennen, ſondern nur zu beurtheilen, ob das dem Angeſchuldigten zur Laſt gelegte Vergehen ſolcher Art iſt, daß es die Einleitung eines Criminalproceſſes rechtfertiget, und ob die Anklage hinreichend von Beweiſen unterſtützt wird." Ausdrücklich wird ihnen vorgeſtellt, daß ſie blos deshalb berufen wurden, weil man nicht leichtſinnig einen Bürger im Gefängniſſe halten wolle[60]). — Die unbedingte Ablehnung der Anklage durch die Geſchwornen hat auch die augenblickliche Freilaſſung des Angeklagten zur Folge; die angenommene Anklage übernimmt der öffentliche Ankläger aus den Händen der Geſchwornen, um den Angeklagten im Namen des Geſetzes zu verfolgen[61]).

Im Weſentlichen finden wir dasſelbe Syſtem im Code des délits et des peines vom 3. Brumaire IV wieder; nur daß hier die Mitwirkung der Staatsanwaltſchaft eine lebendigere iſt; dieſe iſt es auch, die die (noch immer vom Unterſuchungsrichter abgefaßte) Anklageſchrift den Geſchwornen vorträgt (art. 238). Die Competenztheilung zwiſchen dem Directeur du Juré und der Jury ſelbſt iſt ſchärfer dargelegt. Letztere hat ſo wenig die rechtliche Natur der in der Anklage angegebenen Hand-

---

cette décision le directeur du Juré a dressé le présent acte d'accusation. S. Collection générale des loix etc. vol. VI. p. 618.

[59]) Loi en forme d'instruction pour la procedure criminelle. L. 5. p. 568.

[60]) Ebendaſ. p. 567 und 568.

[61]) Rapport de M. Duport; Buchez et Roux. VIII. 252.

lung zu beurtheilen (art. 241), als es jenem zusteht, zu erwägen: ob der Angeschuldigte hinreichend verdächtiget sei (art. 242). Die Anklagejury versammelt sich an jeder Decadi (also monatlich dreimal), die Urtheilsjury den 15. jedes Monats. Ehe jedoch dieser die Sache anheimgestellt wird, prüft der Commissaire du pouvoir exécutif am Departementstribunal die vorausgegangenen Acte als Organ des Gesetzes, und nur wenn in diesen keine Formfehler sich zeigten, übergibt er die Sache innerhalb 24 Stunden dem Accusateur public, der sie in der Schwurgerichtssitzung vorbringen muß (art. 330 und 331).

Wir sehen hier im Wesentlichen das englische Muster nachgeahmt, und zwar in der Weise, daß manche bei der englischen Grand Jury gerügte Mißstände vermieden werden, und daß der ganz deutlich vorgezeichnete Zweck der Einrichtung, den Angeschuldigten vor willkürlicher Haftnahme zu schützen, vollkommen erreicht wird. Nur ist auf der andern Seite ein höchst beirrendes und wenigstens der Klärung der Thatsachen nicht sehr förderliches Durcheinander der Zuständigkeiten in diesem ersten Stadium des Processes auffallend. Der Directeur du Jury, der die Sache schon von einem Officier de police judiciaire übernimmt, kann schon vor Einreichung des Anklageacts mit der Civilpartei sowie mit dem Commissaire du pouvoir exécutif und dem Tribunal in Widerspruch gerathen. Der Commissär hat eine ganz eigenthümliche Stellung, die derjenigen des Staatsanwalts im französischen Civilprocesse analog ist, — er erscheint als Organ des Gesetzes — eine Stellung, die nicht recht erklärlich ist, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß ja eben der Richter für Wahrung des Gesetzes zu sorgen habe. Jedenfalls ist die Stellung nicht sehr verantwortlich, da die Anklage nie von diesem Commissär ausgeht, ja in gewissen Fällen nicht einmal an seine Zustimmung gebunden ist. Wie schwer es übrigens war, die Anklagegeschwornen auf den gesetzlich ihnen zustehenden Wirkungskreis einzuschränken, geht aus Klagen, die bald darüber vernehmbar wurden, deutlich hervor; es scheint, daß die Geschwornen mit bloßen Verdachtgründen sich nur selten begnügten, und wenn sie von der Schuld des Angeklagten nicht vollkommen überzeugt waren, sich weigerten, ihn anzuklagen [62]). — Indeß wäre trotz aller dieser Mißstände das System vielleicht haltbar gewesen, wenn es nicht nach den Resultaten der ersten Jahre allein wäre beurtheilt

[62]) Comte, Considérations sur le pouvoir judiciaire (Vorr. zur Uebersetzung Philipps. Par. 1818) p. 210.

worden, — Jahre bekanntlich, in denen die entfesselten politischen Leidenschaften Beispiellose und gewiß nur wenig den ordentlichen Gang der Rechtspflege Förderndes bewirkten. Dazu kam, daß die Gerichtsverfassung die Einwirkung localer Parteizwiste auf die Entscheidung der Gerichte nur zu sehr begünstigte. Die Richter waren für bestimmte Zeit vom Volke gewählt; der Directeur du Jury behielt sein Amt nur 6 Monate. Der Tribunale waren ungemein viele (jeder District hatte eins) und das Territorium war von einer Unzahl Richter und Staatsanwälte bedeckt; je mehr Richter aber erforderlich, je weniger günstig sie gestellt waren, desto geringer waren die Ansprüche, die man an sie stellen konnte.

Hören wir nun, um die Umgestaltung, welche im Jahre 1808 dieses System erlitt, und insbesondere die Aufhebung der Anklagejury uns zu erklären, die Motive an, die man dem gesetzgebenden Körper angab, so kommen sie nur auf dasselbe hinaus: die Anklagegeschwornen seien ihrer Aufgabe nicht gewachsen. Allzuoft, bemerkte Treilhard im Corps législatif, werde der Gang eines Processes durch eine gutmüthige, aber unüberlegte Erklärung abgeschnitten. Die Anklagejury müsse aus dem, was sie wisse, einen Schluß auf das ziehen, was man noch nicht wisse; eine solche Aufgabe mache aber nicht daran Gewöhnte stutzen, und es werde in dieser Verlegenheit das Gleichgewicht zwischen Ankläger und Angeklagtem nicht immer festgehalten. Die Anklagejury, sagt ein anderer Redner, werfe sich zum Richter auf, und spreche frei, wo die Schuld nicht ganz erwiesen sei. Auch sehe sich der Directeur du Jury genöthigt, Einfluß auf ihre Entscheidungen zu nehmen, und die Erklärung gehe daher oft factisch von ihm aus [63]).

Diese Motive könnten ausreichen, wenn zu dem Mittel gegriffen worden wäre, das ganz nahe lag, wenn man der ohnehin jetzt einheitlicher organisirten Staatsanwaltschaft das Recht, auf eigene Verantwortung anzuklagen, gegeben hätte. Man kann nicht einmal sagen, daß dieser Ausweg übersehen wurde, denn wir sehen, daß er einmal im Staatsrath ausdrücklich vorgeschlagen wurde. Es ist aber ein ganz eigenthümliches Zusammenwirken und Ausgleichen der verschiedensten Ansichten, woraus die bezüglichen Artikel des Code d'instruction criminelle entstanden. Gegen Ende des Jahres XII beschäftigte sich der Staats-

[63]) Vortrag des Staatsraths Faure in der Sitzung von 24. Nov. 1808.

rath mit dem Entwurf eines Code criminel, der das formelle, wie das materielle Strafrecht umfassen sollte. Da in jener Zeit alle Ergebnisse der letzten Revolutionen wieder in Frage gestellt wurden, und bei gewissen Personen ein unermüdlicher Eifer sich zeigte, früher beseitigte Zustände wieder herzustellen, kam natürlich auch die Frage über Beibehaltung der Jury zur Erörterung. Auf der andern Seite war das Geschwornengericht schon so beliebt im Lande, daß sich selbst unter den Augen Napoleon's, der ihm offenbar nicht günstig war, eifrige Verfechter desselben fanden, die seine Wirksamkeit in keiner Weise geschmälert wissen wollten. So lebhaft indeß die hierüber am 16. Prairial XII geführte Debatte war, bietet sie für gegenwärtige Frage wenig Erhebliches. Man sah die beiden Zweige des Geschwornengerichts als von einander untrennbar an und da einmal entschieden war, daß das ganze Institut nicht beseitigt werden sollte, fand Treilhard (derselbe, der 4 Jahre später dem Corps législatif die Aufhebung der Anklagejury als glücklich vollendete Thatsache anpries) keinen Widerspruch, als er erklärte: es sei offenkundig, daß eine Jury weder der Gesellschaft, noch dem Angeklagten hinreichende Garantien biete [64]). Noch in derselben Sitzung erklärte sich der Staatsrath für die Beibehaltung der Anklagejury, jedoch sollte die Anklageschrift vom Staatsanwalt (Magistrat de sûreté) entworfen und vom Untersuchungsrichter vidirt werden. Es sollte künftig die Anklagejury keine Zeugen vernehmen und die Anklage nur annehmen oder verwerfen dürfen. Ob dann eine auf ein anderes Verbrechen lautende Anklageschrift vorgelegt werden sollte, sollte vom Magistrat de sûreté abhängen [65]).

Aber schon am 8. Brumaire XIII war die Anklagejury wieder in Frage gestellt. Es war ein Gesetzentwurf über die Vereinigung der Civil- und Criminaljustiz eingebracht; der Art. 10 dieses Entwurfs lautete: „Le tribunal (de première instance) remplira les fonctions de jury d'accusation." Es ward bei wiederholter Berathung (wobei nochmals die für die jetzige Stellung der Anklagekammer wichtige Aeußerung fiel: man wolle die verfassungsmäßig zugesicherte Anklagejury ja nicht aufheben, sondern nur das Tribu-

---

[64]) Locré, vol. XXIV. p. 48.

[65]) Articlo 99, 108 u. 109 des am 3. Vendemiaire XIII. vorgelegten Entwurfes, a. a. O. S. 221 ff.

nal — zur Jury machen) in der Sitzung vom 15. Brumaire XIII der Beschluß gefaßt, die Anklagejury nicht aufzuheben.

Bei der Wiederaufnahme der Berathungen im Anfange des Jahres 1808 erklärte sich der Kaiser gegen die Anklagejury, weil sie doch nur Acten lesen könne, und nach diesen zu urtheilen schwer sei; weil sie zu leicht lossspreche — und weil eine Berufung gegen ihre Anklage nicht möglich sei [66]). Damit war das Schicksal der Anklagejury besiegelt, und es handelte sich nur mehr darum, wer nun „ihre Functionen übernehmen" sollte; denn diese sollten ja nicht ganz beseitigt werden. Die Berathung fällt nun ganz mit der über die Gerichtsverfassung zusammen. Die constituirende Versammlung hatte, die Uebergriffe der Parlamente vor Augen, möglichst kleine Tribunale eingesetzt, was indeß den Einfluß und das Ansehen dieser Gerichtshöfe sehr schmälerte. Es war ein Lieblingsplan des Kaisers, großen, angesehenen Corporationen die gesammte Rechtspflege zu übergeben, und insbesondere einem und demselben Gerichtshof die Civil- und Criminaljurisdiction anzuvertrauen. Allein namentlich die Juristen im Staatsrathe scheinen heftigen Widerwillen gegen dieses Project empfunden zu haben, und, da offenbarer Widerspruch zu nichts geführt hätte, legten sie dem Kaiser technische Schwierigkeiten aller Art in den Weg; besonders die Versetzung in Anklagestand ward hiezu benutzt. Nach Beseitigung der Anklagejury hatte die mit dem Entwurfe beschäftigte Section vorgeschlagen, die Versetzung in Anklagestand den Gerichten erster Instanz zu überlassen. Zum Plan des Kaisers paßte dies nicht; es wurden also Einwendungen aller Art erhoben, namentlich, daß die nur sehr kleinen Gerichte erster Instanz Parteieinflüssen allzusehr zugänglich seien. Die Section schlug nun vor, die Versetzung in Anklagestand von der Uebereinstimmung zwischen dem Procureur impérial und dem Untersuchungsrichter abhängen zu lassen [67]). Aber auch dieser Vorschlag fiel zu Boden: der Kaiser ward bei seiner Entscheidung von ganz andern als juristischen Betrachtungen geleitet. Es findet sich hierüber eine noch in anderer Beziehung höchst merkwürdige Aeußerung desselben im Protokoll der Sitzung vom 23. Januar 1808. Es erfaßt ihn, in dessen Händen jetzt alle Geschäfte zusammenströmen, ein Schauder vor dem Bewußtsein seiner ungeheuren Verantwortlichkeit, ein Zweifel am Ausreichen selbst seiner Kräfte: Personne

[66]) Staatsrathssitzung v. 6. Februar 1808, a. a. O. S. 631.
[67]) A. a. O. S. 656.

en effêt n'agit efficacement pour l'Empereur. *L'Empereur est obligé* de surveiller et reprimer directement les abus d'autorité et les prévarications, *de défendre lui-même les citoyens contre l'administration* et contre tout ce qui a quelque puissance dans l'empire . . . *Maintenant chaque fonctionnaire fait ce qu'il veut et il ne faut pas moins que mon caractère* et le vif désir, que j'ai de rendre mes sujets heureux *pour empêcher le désordre.* Es ſei alſo politiſche Nothwendigkeit, große juriſtiſche Collegien einzuſetzen, qui aient assez de force pour exercer des poursuites contre quiconque s'écarte de son dévoir. Dieſe großen juriſtiſchen Corporationen ſind die Cours impériales, in deren Händen alle Theile der Rechtspflege vereinigt werden ſollten; in Civil- und Zuchtpolizeiſachen ging die Berufung an ſie; in Bezug auf ſchwere Verbrechen war, ſo lange die Jury beibehalten werden ſollte, eine zweite Inſtanz nicht denkbar; man konnte alſo in Bezug auf dieſe der Cour impériale nur die Functionen der Anklagejury zuweiſen. Den Kaiſer leitete hiebei noch die Betrachtung: daß es ein weſentlicher Fehler des damals geltenden Syſtemes ſei, daß die Juſtiz erſt von der Regierung in Bewegung geſetzt werden müſſe [68]). Bringt man dieſe Bemerkung mit der obigen in Verbindung, ſo wird leicht bemerkbar, daß der Kaiſer, der eben an der Möglichkeit verzweifelte, die Organe der Regierung ſelbſt genügend zu überwachen, während an eine Ueberwachung von unten aus, an eine Controle durch die öffentliche Meinung nicht zu denken war, es räthlich fand, den Procureur général in ſeiner ohnehin ſo großen Gewalt durch den Gerichtshof möglichſt einzuſchränken.

Vom Standpunkt der damaligen Politik aus iſt dies gewiß vollkommen gerechtfertigt; aber über die politiſchen Rückſichten wurden die proceſſualiſchen ganz außer Augen gelaſſen; und ſo erſcheint denn ſtatt einer Partei ein ſachverſtändiges Richtercollegium als Ankläger; die Thätigkeit einer am Ort des Unterſuchungsrichters monatlich dreimal ſich verſammelnden, die Zeugen ſelbſt vernehmenden Jury übernimmt ein zwar permanentes, aber weit entferntes, auf Acten hingewieſenes Richtercollegium, das den Angeklagten vor einen Gerichtshof verweiſt, der nur viermal im Jahre zuſammentritt. Der Vollſtändigkeit wegen muß auch für die Thätigkeit des die Entſcheidungen des Directeur du

[68]) l. c. p. 674.

Jury überwachenden Diſtrictstribunals ein Erſatz gefunden werden; freilich hatte es einen Sinn, daß, ehe einer Anklagejury eine Sache übergeben wurde, die daran geknüpfte Rechtsfrage vor einem Richtercollegium entſchieden wurde, während die Berathung zweier Gerichtshöfe über eine bloße Vorfrage keinen Sinn hat — genug, da die Anklagekammer blos an die Stelle der Anklagejury trat, mußte für jene Thätigkeit des Tribunal du district auch ein Träger gefunden werden, und er fand ſich in der Chambre du Conseil.

B.

Die Versetzung in Anklagestand nach den deutschen Strafproceßgesetzen.

(Gerichtssaal 1867.)

Trotz der gemeinsamen Grundlage der deutschen Strafproceßgesetze, einer Grundlage, welche einerseits durch den gemeinrechtlichen Criminalproceß, anderseits durch den seit dem vierten Decennium dieses Jahrhunderts maßgebend gewordenen Einfluß des französischen Rechtes gegeben ist, wird es von Jahr zu Jahr schwerer, sich einen verläßlichen und dabei klaren Ueberblick über die Einzelheiten des Strafverfahrens in Deutschland zu erhalten; so groß ist die Mannigfaltigkeit der Gestaltungen, welche eine und dieselbe Einrichtung annimmt, wenn man sie durch all die zahlreichen Gesetze und Entwürfe verfolgt, welche die verschiedenen deutschen Länder seit 1848 hervorgebracht. Grenzenlos aber wird die Verwirrung, wenn es sich um Einrichtungen handelt, welche eine isolirte Betrachtung gar nicht vertragen, weil sie allzusehr durch andere bedingt sind.

Dies gilt im höchsten Grade von jenen Einrichtungen, vermöge welcher entschieden wird, ob gegen einen bestimmten Beschuldigten eine Hauptverhandlung vor einem Strafgericht mittlerer oder höchster Ordnung stattfinden soll. Die Gerichtsorganisation, die Stellung der Gerichte zur Staatsanwaltschaft, der Umfang, in welchem der schriftlichen Voruntersuchung Raum gegeben oder eine solche für unerläßlich erklärt wird, die größere oder geringere Freiheit, welche dem in der Hauptverhandlung erkennenden Richter eingeräumt wird, sein Verhältniß zu einem früher ergangenen Erkenntnisse höherer Gerichte, ja selbst die Gestaltung der Rechtsmittel gegen das Endurtheil: Alles das wirkt auf die die Versetzung in Anklagestand regelnden Bestimmungen zurück, und wird durch sie beeinflußt. Das Vorhaben, der Entwicklung eines diese

Einrichtungen betreffenden Reformvorſchlages eine ausführliche und eingehende Darſtellung des jetzigen Standes der Sache in der deutſchen Legislation zu Grunde zu legen, läßt ſich daher kaum in der Weiſe ausführen, daß hinſichtlich jeder einzelnen Frage die entſprechenden Normen der einzelnen Länder neben einander geſtellt werden; es ſchien vielmehr rathſamer, die einzelnen Geſetzeswerke nacheinander vorzuführen und dabei das in jedem einzelnen derſelben aufgeſtellte Syſtem in ſeinem Zuſammenhange zu zeigen.

Faſt bei jeder anderen Partie des Strafproceſſes hätte eine ſolche Darſtellung mit dem franzöſiſchen Recht und zwar mit einer ſehr ausführlichen Behandlung desſelben den Anfang machen müſſen. Gerade bei dem bezeichneten Gegenſtande aber wird dies entbehrlich ſein. Zwar haben auch die hier in Frage kommenden Einrichtungen Frankreichs in Deutſchland mehr oder weniger vollſtändig Eingang gefunden, obgleich ſich gar nicht verkennen ließ, daß dieſelben nur eine Frankreich ganz eigenthümliche Geneſis haben; daß ſie das Reſultat des Aufeinanderſtoßens entgegengeſetzter Beſtrebungen im Staatsrathe Napoleons I., das Product ganz vorübergehender Verhältniſſe, ja zum nicht geringen Theile jener Rathloſigkeit und Ermüdung waren, welche in berathenden Verſammlungen ſo oft den Ausſchlag gibt, wenn zwei Parteien ſich hartnäckig bekämpfen, ohne daß die eine die andere zu überwinden vermag, oder wenn neben der Hauptſache noch allerhand Nebenrückſichten maßgebend ſind[1]). Allein von einer einfachen Uebertragung der franzöſiſchen Geſetzesbeſtimmungen konnte ſchon deshalb keine Rede ſein, weil dieſelben — eben in Folge der erwähnten Umſtände — ſo ganz ungeordnet und unklar wurden, daß zahlloſe Controverſen aus ihnen erwuchſen, und daß die Praxis bald zu der Ueberzeugung gelangte, daß ſie ſich erſt jenen Boden für ihr Wirken ſchaffen müſſe, den das lücken-

[1]) Ein dreimaliger Anlauf war nöthig, um die Anklagejury zu beſeitigen. Darauf entſpann ſich ein neuer Kampf um deren Erbſchaft. Der Kaiſer will für die Cour impériale einen möglichſt großen Wirkungskreis gewinnen; die Fachmänner ſind dagegen geneigt, das Gericht erſter Inſtanz an die Stelle der Anklagejury treten zu laſſen. Auch der 1856 ausgeführte Gedanke, die Einſtellung der Vorunterſuchung auch in Schwurgerichtsſachen der Uebereinſtimmung des Staatsanwalts und Unterſuchungsrichters anheimzugeben, tauchte ſchon auf. Immer mehr aber führte die herrſchende Strömung dahin, ſtatt Schutz gegen unbegründete Anklagen zu gewähren, der voreiligen Unterdrückung anhängiger Straffachen entgegenzutreten. S. außer dem Quellenwerk von Loeré (Vol. XXIV) die Darſtellung bei Hélie, Traite de l'instruction criminelle VI. 21—40. Glaſer, Archiv f. Cr. R. 1852. S. 283—287 (oben S. 325 ff.).

haſte und widerſpruchvolle Geſetz nicht bieten konnte[2]) und daß trotzdem die Geſetzgebung eingreifen mußte.

Es wird daher genügen, die Veränderungen hier zu erwähnen, welche jenes Syſtem durch neuere Geſetze erlitt, zu einer Zeit, in welcher gerade jene deutſchen Geſetze, welche ſich am treueſten an das franzöſiſche Vorbild hielten, bereits erlaſſen waren.

Der Code d'Instruction unterſcheidet bekanntlich zunächſt zwiſchen der unmittelbaren Ladung und der Verweiſung zur Hauptverhandlung.

Die erſtere findet bei Anklagen vor dem Zuchtpolizeigericht ſtatt, ſofern keine gerichtliche Voruntersuchung anhängig iſt. An dieſer Einrichtung iſt nichts geändert, wohl aber iſt ihr Einfluß auf die Beſchleunigung des Verfahrens durch das Geſetz vom 20. Mai 1863 noch geſteigert worden. Dieſes Geſetz verfügt, daß der wegen eines Vergehens auf friſcher That Verhaftete unmittelbar vor den Staatsanwalt geführt, von dieſem vernommen und ſofern dazu Grund vorhanden, ſogleich oder ſpäteſtens am folgenden Tage vor das Zuchtpolizeigericht geſtellt werden ſoll (Art. 1 und 2), welches übrigens dem Beſchuldigten auf deſſen Verlangen einen dreitägigen Aufſchub gewähren[3]) (Art. 3) oder von Amtswegen die Sache zum Zweck weiterer Nachforſchung auf eine der nächſten Sitzungen verſchieben kann (Art. 5).

Die Verweiſung zur Hauptverhandlung nahm ihren Weg bei Vergehen und bei Verbrechen durch die Rathskammer des Gerichts erſter Inſtanz, welcher im erſten Fall ein zwar der Berufung unterworfener, aber definitiver, im letzteren Falle dagegen nur ein vorläufiger Ausſpruch zukam, ausgenommen, wenn alle drei Mitglieder der Rathskammer ſich für die Einſtellung entſchieden. Dagegen ward die Anklagekammer mit der Frage der Verweiſung befaßt: theils im Wege der Berufung gegen Entſcheidungen der Rathskammer in Vergehensfällen und in ſol-

---

[2]) On voit combien la jurisprudence a vivifié, developpé même le texte imparfait de la loi. Morin Rep. v° Accusation (mise en) n. 20. — Placée en face des difficultés de la Pratique, la jurisprudence a dû faire la loi bien plus que l'appliquer. Trébutien Cours élémentaire de droit criminel II. 325.

[3]) Man muß annehmen, daß dieſe Befugniß nur dem verſammelten Gerichte zuſtehe. Das hätte nun freilich den Nachtheil, daß inzwiſchen die Zeugen, welche blos durch die mündliche Ladung (Art 3) zum Erſcheinen vor Gericht verhalten wurden, nun wiederkehren müſſen. Hervorzuheben iſt noch, daß die Entlaſſung des vom Zuchtpolizeigerichte Freigeſprochenen durch die Appellation nicht aufgeſchoben wird (Art. 6) und daß das Geſetz auf Preß- und politiſche Vergehen keine Anwendung findet (Art. 7).

chen Schwurgerichtsfällen, in welchen die Rathskammer nicht selbst eine ordonnance de prise de corps zur Vorlegung an die Anklagekammer erlassen hat; theils im Wege der selbstständigen Entscheidung, sofern der eben gedachte Fall eintritt, oder die Anklagekammer von Amtswegen eine Procedur anhängig macht.

Die Stellung der Anklagekammer selbst ist unverändert geblieben; dagegen sind die Rechtsmittel, durch welche die Sache vor die Anklagekammer gebracht wird und jene, durch welche deren Entscheidung angefochten werden kann, Gegenstand gesetzlicher Regelung geworden, welche zum Theil mit der wichtigsten Aenderung, mit der Beseitigung der Rathskammer, zusammenhängen.

1. Das Gesetz vom 17. Juli 1856 setzt [4]) an die Stelle der Berathung und Beschlußfassung der Rathskammer die Verfügung (ordonnance) des Untersuchungsrichters, mit der einzigen Ausnahme, daß der Erlaß der ordonnance de prise de corps der Anklagekammer vorbehalten ist.

2. Die Bestimmungen des Code d'Instruction über die Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Rathskammer sind vollständig orakelhaft. Art. 135 sprach nur von der Opposition des Staatsanwalts und der Civilpartei gegen Beschlüsse der Rathskammer, durch welche der Beschuldigte in Freiheit gesetzt wird. Er schwieg also von andern Beschlüssen, welche der Staatsanwaltschaft Anlaß zur Beschwerde geben konnten (wie z. B. Verweisung einer Schwurgerichtssache an das Zuchtpolizei- oder Polizeigericht); er schwieg über das Berufungsrecht des Beschuldigten und ließ dasjenige des Generalprocurators nicht blos unerwähnt, sondern scheint es durch Aufstellung einer Frist, die dieser nicht einhalten kann, auszuschließen. Es ist außerordentlich belehrend, zu sehen, wie die durch den Wortlaut des Gesetzes so nahe gelegte Ansicht, daß die Berufung nur in jenen Fällen stattfinde, welche das Gesetz ausdrücklich erwähnt, eine Ansicht, welche die Mehrzahl der Anklagekammern beharrlich gegen den Cassationshof vertheidigte, wenigstens im Interesse der Anklage durchbrochen wurde. Der Versuch, auch dem Beschuldigten die Berufung zu sichern, fand nur in der Theorie (Trébutien, Hélie), nicht in der Praxis Eingang [5]).

[4]) S. das Gesetz und Beurtheilungen desselben im Gerichtssaal 1857 I. S. 81 ff. (Mittermaier) und II. Seite 260 ff. (Walther).

[5]) Carnot, Rogron Art. 135 C. d'J. Morin Rep. v° Chambre du Conseil Nr. 20 - 31. Legraverend, Traité de la Legislation Criminelle (Brux. 1832) II, 58—60.

Das Gesetz vom 17. Juli 1856 schneidet nun diese Controversen ab, indem es der Staatsanwaltschaft (und zwar auch dem Generalprocurator, dem hiefür eine weitere Frist offengehalten wird, welche aber auf die Freilassung des Beschuldigten keinen Einfluß hat) ein unbegrenztes Berufungsrecht einräumt, das der Civilpartei näher bestimmt und das des Beschuldigten auf die zwei Fälle einschränkt, wo es sich um die Competenz oder um die Entlassung aus der Haft gegen Bürgschaftsleistung handelt.

3. Wo möglich noch unklarer und unvollständiger als die Bestimmungen des Code d'Inst. über die Berufung gegen die Verfügungen der Rathskammer, sind die über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Erkenntnisse der Anklagekammer[6]). Auch von dieser ist nur in einem Artikel des Code ausdrücklich die Rede (Art. 299) und in Worten, welche jeden Zweifel daran auszuschließen scheinen, daß nur gegen ein Verweisungserkenntniß und nur in einem der drei folgenden Fälle eine Nichtigkeitsbeschwerde stattfinde: wenn die That durch das Gesetz nicht als Verbrechen erklärt ist; b) wenn die Staatsanwaltschaft nicht gehört wurde; c) wenn an der Fällung des Erkenntnisses nicht die erforderliche Zahl von Richtern sich betheiligte. — Sollte dies nun wörtlich genommen werden, so wäre es dem praktischen Bedürfnisse so wenig genügend, so wenig im Einklang mit dem Ganzen der Gerichtsorganisation gewesen, daß man zu dem Auskunftsmittel griff, die in Art. 299 erwähnte Nichtigkeitsbeschwerde nur als eine besondere, an eigenthümliche Fristbestimmungen gebundene Art der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse der Anklagekammer anzusehen, und daneben in zahlreichen anderen Fällen, namentlich auch, wo das Erkenntniß nicht auf Verweisung vor die Assisen geht, die Nichtigkeitsbeschwerde als auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen ruhend, zuzulassen. Dieser Gang der Praxis fand eine indirecte Bestätigung in dem Gesetz vom 10. Juni 1853, welches den im Art. 299 angeführten drei Nichtigkeitsgründen einen vierten beifügte, die Incompetenz, wobei aber mit aller Sorgfalt vermieden wurde, der bisherigen Ansicht über im Art. 299 nicht erwähnte Fälle der Nichtigkeitsbeschwerde entgegen zu treten[7]).

Dalloz, Répert. v° Appel crim. Nr. 41; v° Instruct. crim. Nr. 847. 848. Trébutien II 306 308. Helie VI, 189 ss. Höchster, Lehrbuch des franz. Strafprocesses §. 94 Anm. b) c). Daniels Grundsätze des rh. u. franz. Strafverfahrens §. 395 (Ruppenthal) Materialien zur Revision der rheinpreußischen Strafproceßordnung S. 151—157.

[6]) Trébutien l. c. 323.

[7]) Hélie erklärt Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse der Anklagekammer aus folgenden Gründen für zulässig: 1° A raison de la fausse qualification des faits.

Außerdem griff das eben angeführte Gesetz in den bisherigen Zustand insofern ein, als es dem Mißbrauch ein Ende machte, vermöge dessen man die Assisenverhandlung durch eine verspätete Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß eigenmächtig im letzten Augenblick verschieben konnte. Fortan soll der Assisenhof zwar noch immer verpflichtet sein, eine nach seiner Ansicht verspätete Nichtigkeitsbeschwerde an den Assisenhof gelangen zu lassen; allein er braucht wegen derselben nicht im Verfahren inne zu halten[8]).

Betrachten wir nunmehr den Stand der Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Ländern.

A) Bayern[9]) hält sich im wesentlichen an dasjenige System, welches in Frankreich bis zum Jahre 1856 bestand. Den Vortrag in der Rathskammer führt jedoch der Staatsanwalt, welcher einen schriftlichen Antrag zu überreichen hat. Er wird von einem Richter controlirt (Art. 47, 48 Ges. v. 1848). Gegen die Verweisung vor die Strafkammer (Bezirksgericht) steht, da dieselbe jetzt nur für Vergehen zuständig ist (Art. 31 des Einführ.-Ges. zum Strafges. v. 1861) die Berufung nicht mehr dem Beschuldigten, nur dem Staatsanwalt zu (Art. 60 Ges. v. 1848[10]). Gegen den Beschluß der Anklagekammer, welcher auf dem Wege der Berufung oder der Vorlegung von Seite der Rathskammer ergeht, steht die Nichtigkeitsbeschwerde offen, — dem Angeschuldigten nur bei Verweisung vor das Schwurgericht. (Art. 66). Unter den Nichtigkeitsgründen ist zu erwähnen: „Wenn der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes bezüglich der Eigenschaft der That

---

2° A raison de la violation des formes prescrites par la loi; 3° A raison de l'incompétence; 4° A raison de la fausse interprétation de la loi; 5° A raison du rejet ou de l'admission des exceptions préjudicielles ou des fins de non-recevoir; 6° A raison de refus ou omission de statuer sur les demandes des parties ou les réquisitions du ministère public; 7° Enfin à raison des vices de leur rédaction, résultant de l'omission des énonciations qu'ils doivent nécessairement contenir. Vrgl. Trébutien l. c. p. 323 ss. Rolland de Villargues Art. 299.

[8]) Trébutien p. 329, 330.

[9]) Walther, Lehrbuch des bairischen Strafproceßrechtes S. 102 ff., 257 ff. — Dollmann, System des bairischen Strafproceßrechtes. S. 31.

[10]) So lange die Möglichkeit einer solchen Berufung noch offen stand, war es verboten, dem Beschuldigten einen Vertheidiger zur Ausführung derselben beizugeben oder einem solchen Acteneinsicht zu gewähren, weil das Verfahren bis zur Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses geheim sei, was jedoch nicht hindert, daß zur Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Verweisung vor das Schwurgericht ein Vertheidiger gewährt ist. Just. M. E. vom 14. Juni 1855 Zeitschr. f. Ges. II. 138. Erk. des O. A. G. vom 28. Decbr. 1855 das. S. 475—478.

beruht" (Z. 1 Art. 66) ([11]. Nichtigkeiten in der Voruntersuchung berechtigen weder zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Anklagebeschluß noch zu der gegen das Endurtheil.

Eine Anklageschrift kann nur in schweren Verbrechensfällen eingebracht und erst nach dem Anklagebeschluß bearbeitet werden (Art. 65). In der Schwurgerichtssitzung wird Anklagebeschluß und Anklageschrift verlesen; dem Staatsanwalt sowie dem Angeklagten steht die kurze mündliche Bezeichnung der Beweismittel bei Eröffnung der Verhand-

[11]) Der Wortlaut würde wohl eher dafür sprechen, daß die unrichtige Gesetzesauslegung nur dann angefochten werden könne, wenn die Verweisung oder die Nichtverweisung („der Beschluß", auf ihr beruht, d. h. also wenn die processualische Verfügung bei richtiger Gesetzesanwendung anders ausgefallen wäre. Damit steht auch Art. 232 im Einklang, nach welchem selbst das Endurtheil nur dann wegen unrichtiger Gesetzesanwendung angefochten werden darf, wenn die Strafe nicht die nämliche ist. Allein so wird die Bestimmung nicht aufgefaßt, ohne daß man nur darüber klar wäre, wie weit es zulässig sei, eine unrichtige Qualification zu rügen. So wurde z. B. das Verweisungserkenntniß auf Beschwerde des Angeklagten allein auch aus dem Grunde vernichtet, weil die That unter den Gesichtspunkt eines schwereren Delictes falle, als im Verweisungsbeschluß angegeben war, wobei ausdrücklich ausgesprochen wurde, daß Art. 232 keine Anwendung finde, und daß die Vernichtung des Verweisungserkenntnisses an sich die Lage des Beschuldigten niemals verschlimmere (O. A. G. Erk. v. 5. Juni 1858 Zeitschr. V. S. 245 ff.) — Ebenso ward eine Beschwerde darüber, daß die That als nächster Versuch qualificirt sei, ausdrücklich für zulässig erklärt, wenn es gleich in den Motiven heißt: „Die Bestimmung des Art. 66 Nr. 1 hat nicht den Zweck, schon vornherein jeden denkbaren Irrthum in Bemessung der Schwere der in Frage stehenden Verschuldung auszuschließen; es sollen die thatsächlichen Ergebnisse der Voruntersuchung nur im Allgemeinen richtig aufgefaßt, die angeschuldete That soll den darüber gemachten Erhebungen entsprechend, in den wesentlichen Beziehungen dem Gesetze gemäß qualificirt und so schon in diesem ersten Stadium der Rechtsbegriff, worunter sich die indirecten thatsächlichen Momente subsumiren, festgehalten werden, damit nicht infolge einer desfallsigen Irrung ein nicht zuständiges Gericht mit Aburtheilung der Sache befaßt und der öffentlich-mündlichen Verhandlung eine falsche Grundlage gegeben werde. Ist daher in dem Verweisungserkenntniß die Sache in ihren Grundzügen richtig aufgefaßt und die rechtliche Eigenschaft der That nach den zur Anwendung kommenden gesetzlichen Bestimmungen im Allgemeinen nicht verkannt, so hat, bei der vollen Befugniß des zuständigen aburtheilenden Gerichtes, nach Maßgabe der von ihm gepflogenen unmittelbaren Verhandlung den Schuldgrad definitiv festzustellen, der Beschuldigte kein reales Interesse, die Vertheidigung zu anticipiren und die vorläufige Annahme eines geringeren weder auf die Competenz des Gerichtes, noch auf die Ausdehnung und den Gang der Verhandlung influirenden Schuldgrades sich zu gewinnen" O. A. G. E. v. 31. October 1851. Fertig II. 109. Sitzungsber. der bairischen Strafgerichte V. 415. Vgl. auch Walther S. 263, Dollmann Repertorium S. 64. Den Ausführungen zufolge sollte man freilich glauben, die Beschwerde sei für unzulässig erklärt worden; es geschah jedoch das Gegentheil. — Eine andere Streitfrage knüpft sich daran, ob die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Nichtberücksichtigung von Strafaufhebungsgründen zulässig sei. Mit Recht beantwortet dieselbe Walther a. a. O. S. 263 Anm. bejahend, ungeachtet sie durch O. A. G. E. v. 10. Febr. 1858 verneinend entschieden wurde. (Fertig II. 110. Sitzungsberichte IV. 21. Dollmann Repert. S. 64.)

lung frei (Art. 148, 149). Die Hauptfrage an die Geschwornen ist an das „Verbrechen, welches den Gegenstand der Anklage bildet" und alle „wesentlichen thatsächlichen Beziehungen" in der Anklageschrift gebunden[12]). Eventualfragen dürfen nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf eine minder umfassende Anklage sich stützen (Art. 173—176). Doch ist Art. 176, welcher „abgesonderte Fragen über diejenigen Thatumstände, welche eine schwerere Qualification des Verbrechens begründen," vorschreibt, für die entgegengesetzte Auffassung benützt worden. Damit scheint sich dann von selbst auch die Möglichkeit zu ergeben, die That überhaupt unter einen andern strafrechtlichen Gesichtspunkt zu bringen[13]).

Bei Vergehen ist zwar nicht eine vorausgehende Untersuchung (Art. 74), wohl aber ein Beschluß des Gerichtes nöthig, welcher in Abschrift dem Beschuldigten zugleich mit der Ladung zur Hauptverhandlung zugestellt wird (Art. 307). Gegen diesen Beschluß steht dem Beschuldigten kein Rechtsmittel zu. Das Bezirksgericht kann die als Vergehen bezeichnete That als Uebertretung behandeln (Art. 320 Ges. v. 1848, in Verb. mit Art. 31 Einf.-Ges.)[14]) und wenn sich die Sache zur Aburtheilung durch das Schwurgericht eignet, entweder an den Untersuchungsrichter oder an das Appellationsgericht (Art. 321 vgl. 335) verweisen[15]).

B) Preußen. Für die Gestaltung des Verfahrens bei Versetzung in den Anklagestand nach der Verordnung v. 1849 und in dem Gesetz

[12]) Walther, a. a. O. S. 355 ist trotzdem der Ansicht, es müsse die im Verweisungsbeschluß enthaltene unrichtige Qualification geändert werden.

[13]) Stengel, in der Zeitschr. f. Gesetzgeb. V. 384. Rehm, Leitfaden, S. 33, 34. Dann die in Dollmann's Repertorium zu Art. 177 angeführten Entscheidungen, insbesondere die ad 3).

[14]) Die constante Praxis geht dahin, daß das Bezirksgericht überhaupt nicht an die Qualification im Verweisungsbeschluß gebunden sei. (S. die Erkenntnisse bei Fertig II. S. 9 und 10. Dollmann Repert. zu Art. 56, 2.)

[15]) Walther S. 398. Die mannigfachen Verwicklungen, welche sich aus dieser Bestimmung ergaben, bespricht Stengel (Die wiederbelebte Instanzentlassung. München. 1859.) Der bedenklichste Zwischenfall, daß nämlich die Sache zwischen Bezirks- und Appellationsgericht wiederholt hin- und hergeschickt wird, wurde durch eine auf ein Erkenntniß des O. A. G. gestützte Entschließung des Justizmin. vom 17. März 1855 (Zeitschr. f. Ges. II. 5.) beseitigt. Nach diesem kann bei wiederholter Incompetenzerklärung des Bezirksgerichtes die Sache in die öffentliche Sitzung des Appellationsgerichtes durch Berufung gelangen; worauf dieses die Sache entweder ans Schwurgericht weist, oder selbst in der Hauptsache erkennt. Die Spruchpraxis gewährt übrigens die Berufung schon gegen das erste Incompetenzurtheil des Bezirksgerichtes.

v. 1852[16]) war auch hier das französische Vorbild von maßgebendem Einfluß, während andererseits die Beibehaltung der alten Criminalgerichtsordnung dazu Veranlassung bot, deren Terminologie theilweise herüberzunehmen. Wie früher in Frankreich findet in Verbrechensfällen eine doppelte Prüfung der Anklage — durch die Rathskammer des Gerichtes erster Instanz und durch den Anklagesenat des Appellationsgerichtes — statt (§§. 75—78 der V. v. 3. Januar 1849; Art. 63 Ges. vom 3. Mai 1852); auch in Preußen ist bei Vergehen die gerichtliche Voruntersuchung nicht obligatorisch und steht es der Staatsanwaltschaft frei, die Anklage, auf polizeiliche oder einzelne gerichtliche Ermittelungen gestützt, sofort an das erkennende Gericht zu bringen. Allein unter allen Umständen muß hier die „förmliche Eröffnung der Untersuchung," d. h. die Verweisung zur Hauptverhandlung, durch einen Beschluß dieses Gerichts bewirkt werden (§§. 11 u. 39 der Verordnung). Eine andere hervorragende Eigenthümlichkeit des preußischen Systems ist die gänzliche Abschneidung der im französischen Recht dem Angeklagten gewährten Rechtsmittel gegen die Versetzung in Anklagestand (Art. 15. Ges. v. 1852), ja selbst jeder Möglichkeit einer vorausgehenden Vertheidigung.

Auf das Einzelne eingehend finden wir:

I. Die Einleitung der Untersuchung ist an die Initiative der Staatsanwaltschaft gebunden. Diese wird geübt, und in der Regel auch erschöpft, entweder durch den Antrag auf Einleitung der gerichtlichen Voruntersuchung (§. 42 V.) oder durch Einbringung der Anklageschrift zur Erzielung eines die „Eröffnung der Untersuchung"[17]) aus-

---

[16]) C. von Stemann, Darstellung des preuß. Strafverfahrens (Berlin 1858) S. 120—128. Löwe, der preußische Strafproceß (Breslau 1861) S. 226—243. Bertrab, Grundriß des schwurgerichtlichen Strafprocesses in Preußen (Breslau 1862) S. 64—73.

[17]) Dieser aus dem ältern Recht herübergenommene Ausdruck ist geeignet, Verwirrung anzurichten; er ist nur ein Surrogat für eine technische Benennung des von der Rathskammer ausgesprochenen Verweisungsbeschlusses. In Wahrheit aber enthält auch die Einleitung der Voruntersuchung gegen eine bestimmte Person die Eröffnung der Untersuchung, d. h. die Erhebung und vorläufige Annahme der öffentlichen Klage. Oppenhoff, die preuß. Gesetze über Strafverf. (Breslau 1860) §. 1 N. 2, 3; §. 42 N. 2. Nach dem Wortlaut des §. 42 V. schiene auch für die Einleitung der Voruntersuchung ein Beschluß des Collegiums erforderlich, welcher zur Ernennung des Untersuchungsrichters führt. Allein durch spätere Anordnungen ward der Untersuchungsrichter ein für allemal bestimmt, und daraus die Consequenz gezogen, daß der Staatsanwalt seinen Antrag diesem unmittelbar vorzulegen habe, und daß nur zur Ablehnung, nicht zur Annahme desselben ein Collegialbeschluß erforderlich sei. Minist.-Vers. vom 14. Mai 1856 in Goltdammer's Archiv IV. §. 44. Liman-Schwarck der Preuß. Strafproceß (Berl. 1863) §. 53 Nr. 4 u. 11. Oppenhoff, §. 53 Nr. 6 u. 8.

sprechenden Beschlusses der Rathskammer (§. 39 Z. 1). Im ersten Falle steht es außer Zweifel, daß das Gericht befaßt sei, daß die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens nicht mehr einseitig bewirken, sondern dieselbe nur beantragen könne[18]). Wird daher der Antrag des Staatsanwalts auf Einstellung abgelehnt, so hat er bei Vergehen die Anklageschrift einzubringen[19]); bei Verbrechen dagegen erfolgt sofort Beschluß des Gerichtes in der Sache, der hier der Abfassung der Anklageschrift immer vorausgeht. — Daraus ergibt sich von selbst, daß die Rathskammer und der Anklagesenat auch die Ergebnisse der Voruntersuchung und die Vollständigkeit der Anträge der Staatsanwaltschaft frei zu prüfen haben, soweit dabei nicht die Grenze überschritten wird, welche durch die Initiative der Staatsanwaltschaft bezeichnet wird: d. h. Personen, wider welche, oder Handlungen, wegen welcher ein Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einleitung der Voruntersuchung nicht vorliegt, nicht hereingezogen werden[20]).

Ist eine Voruntersuchung nicht geführt worden, so kann es geschehen, daß die Rathskammer, weil sie weitere Ermittlungen für nothwendig hält, den Beschluß über die Eröffnung der Untersuchung aussetzt (§. 41); daraus würde nun allerdings folgen, daß der Staatsanwalt inzwischen noch immer in der Lage sei, von der Verfolgung zurückzutreten[21]). Allein da die Behauptung Eingang gefunden hat, daß die Rathskammer durch Art. 30 Ges. ermächtigt sei, auch in solchen Fällen die Voruntersuchung anzuordnen[22]), muß angenommen werden, daß in der Einbringung der Anklageschrift ein eventueller Antrag auf Einlei-

[18]) Die Verordnung vom 17. Juli 1846 hatte auch unter Voraussetzung einer Voruntersuchung die Einstellung des Verfahrens lediglich dem Staatsanwalt überlassen (§. 59) und damit steht auch noch der Wortlaut des die Schwurgerichtssachen betreffenden §. 76 der Verord. von 1849 in Einklang. Allein da man mit Bedacht (Vrgl. Frantz, der Preuß. Strafproceß bei §. 47 und die dort angeführte Abhandlung im Just.-Minist.-Blatt von 1853, S. 24) im §. 47 diesen Grundsatz aufgegeben hatte, ist es nur zu billigen, daß man sich auch in Schwurgerichtssachen conform hält.

[19]) §. 47 Abs. 3 der V. Oppenhoff daselbst Nr. 7. Löwe, S. 221. Dagegen scheint aber doch andererseits der einfachere und zweckmäßigere Vorgang sich durchzusetzen, daß die Rathskammer sofort, indem sie die Einstellung ablehnt, auch positive Beschlüsse faßt, indem man §. 47 V. durch Art. 30 G. für aufgehoben ansieht. Liman-Schwarck zu §. 47 Nr. 7 Schmidt in Goltd. Archiv II. 217. Damit würde auch der wunderliche Zwischenfall, der wenigstens für möglich erachtet wird (Löwe S. 221) ausgeschlossen, daß die Rathskammer nach Einlangen der Anklageschrift ihren frühern Beschluß aufhebt und die Einstellung beschließt.

[20]) Löwe S. 205.

[21]) Löwe S. 210.

[22]) Oppenhoff zu §. 41 Nr. 3.

tung der Voruntersuchung liege, und also auch durch sie das Gericht unwiderruflich befaßt werde.

II. Die Frage, ob genügender Verdacht gegen den Beschuldigten sich ergeben habe, soll, wie vielfach angenommen wird, die Rathskammer nur da prüfen dürfen, wo eine geschlossene Untersuchung vorliegt[23]); für die entgegengesetzte Ansicht[24]) spräche freilich die unter I erwähnte Befugniß, auch Voruntersuchung zu verfügen.

III. Unter allen Umständen haben Raths- und Anklagekammer die Qualification der That, deren der Beschuldigte verdächtig erscheint, zu prüfen und dem gemäß die Anklage zu formuliren. In Vergehensfällen hat daher der Staatsanwalt die der Berathung der Rathskammer unterlegte Anklageschrift (§. 39 Abs. 1 V.) nachträglich zu ändern, während in Verbrechensfällen die Anklageschrift erst auf Grund des Anklagebeschlusses vom Oberstaatsanwalt bearbeitet wird (§. 78 V.)[25]). Nicht minder hat die Rathskammer auf etwa vorhandene Strafausschließungsgründe Rücksicht zu nehmen[26]).

IV. Dagegen wird auch die Rathskammer, obgleich das Gesetz eine mit gewissen Eigenschaften versehene Anklageschrift als Erforderniß zur förmlichen Eröffnung der Untersuchung erklärt (§. 34 Abs. 1 und §. 41), und somit eine Handhabe für die formelle Prüfung zu

[22]) Schwarck in Goltdammer's Archiv I. 673. Stemann S. 121 und Archiv VIII. 46. Vrgl. Entwurf der St. P. O. v. 1865 S. 63. Dort ist auch eine statistische Zusammenstellung zu finden, aus welcher sich ergibt, daß in den Jahren 1857 bis einschließlich 1863 die Gerichte unter 525.783 Anklagen nur 4428 (beiläufig 8%) zurückgewiesen und daß dieselben von der Befugniß, Anklagen wegen ungenügenden Entlastungsbeweises zurückzuweisen, verhältnißmäßig wenig Gebrauch machen. Vgl. auch Löwe S. 207. Dalcke (der Entwurf der St. P. O. Leipzig 1866, S. 18) bezeugt, daß in der heutigen Praxis der Anklagebeschluß fast regelmäßig eine leere Förmlichkeit sei. Freilich wird man der ganzen Prüfung durch die Rathskammer wenig Werth beimessen können, wenn man bedenkt, daß über die Vorgänge bei der Rathskammer kein Protokoll aufgenommen wird, daß eine collegiale Berathung nicht für unerläßlich gehalten wird, und daß bei vielen Gerichten der Gebrauch besteht, daß der Untersuchungsrichter die vom Staatsanwalt beantragten Beschlüsse abfaßt und daß diese sodann „zur Unterschrift" circuliren. Löwe, der dies berichtet (S. 37 Anm. 22), versichert, „daß bei manchen Gerichten nie die Zurückweisung einer Anklage oder eines Haftantrages vorkommt."

[24]) Oppenhoff zu §. 41 N. 3. Löwe S. 207, 208.

[25]) Oppenhoff §. 39 V. Nr. 21, 22, 27, Art. 30 Ges. Nr. 15.

[26]) Stemann, S. 122. Löwe, S. 208, 209, Oppenhoff, §. 47 Nr. 7. Wilde in Goltdammer's Archiv II. 40 ff. Dagegen soll die Rathskammer nicht berechtigt sein, mit Rücksicht auf das beim Vorhandensein eines Strafmilderungsgrundes eintretende geringere Strafmaß, die Sache der Cognition des an sich competenten Richters zu entziehen. Oppenhoff a. a. O.

bieten scheint, zu einer solchen Prüfung für nicht ermächtigt angesehen [27]).

V. In Bezug auf die Competenz ist zwischen der sachlichen und örtlichen zu unterscheiden. Was die erstere betrifft, so ist sie durchaus von Amtswegen zu prüfen und ebenso bleibt es den Parteien unbenommen, sie in jedem Stande der Sache anzufechten [28]). Es ist jedoch dieser Prüfung dadurch eine Grenze gesetzt, daß „nach eröffneter Untersuchung" eine Incompetenzerklärung nicht aus dem Grunde erfolgen kann, weil die That eigentlich vor einem Gericht geringerer Ordnung zu beurtheilen wäre. (Art. 6 Ges.) Da nun gegen die Eröffnung der Untersuchung dem Angeklagten kein Rechtsmittel gewährt ist, und ihm oft auch vorher keine Gelegenheit geboten ist, sich über die sachliche Competenz auszusprechen, geht man offenbar davon aus, daß der Angeklagte in keinem Rechte beeinträchtigt werde, wenn seine Sache statt vor einem Gerichte mit beschränkter Strafbefugniß vor einem Gerichte höherer Ordnung verhandelt wird.

Handelt es sich aber um den entgegengesetzten Fehler, gehört nach Ansicht der Strafkammer die Sache vor das Schwurgericht, so spricht sie ihre Incompetenz nach geführter Verhandlung durch ein Erkenntniß aus, welches die Ergebnisse des Beweisverfahrens soweit aufnimmt, als sie für die Competenz maßgebend sind. (Art. 7 Ges.). Dieses Erkenntniß ist wie ein Endurtheil durch Appellation anfechtbar (Art. 8 und 102 Ges.).

Es können demnach folgende Fälle eintreten:

1. Die Strafkammer erklärt sich incompetent und das Erkenntniß wird nicht angefochten; dann vertritt dasselbe den die vorläufige Versetzung in Anklagestand aussprechenden Beschluß der Rathskammer, und die Sache gelangt nun an den Anklagesenat. (Art. 9 Abs. 2).[29])

2. Es wird gegen die Incompetenzerklärung Appellation eingelegt oder das Endurtheil der Strafkammer deshalb im Appellationsverfah-

[27]) Oppenhoff §. 39, Nr. 19, 20, 22, 23 u. 27.

[28]) Der Umstand, daß die Competenzfrage erst im Stadium des Hauptverfahrens angeregt wird, hat nur die Wirkung, daß das Beweisverfahren und die ganze Hauptverhandlung vor sich gehen muß, und darauf erst die Incompetenzerklärung erfolgt, und zwar durch Erkenntniß (Art. 7 Ges.), nicht so wie früher nach §. 36 St. P. durch Beschluß. Materialien S. 69. Oppenhoff, Art. 7. Nr. 2—4.

[29]) Auch die sonst in Schwurgerichtssachen erforderliche Voruntersuchung kann durch diesen Vorgang in Wegfall gebracht werden, doch bleibt es der Anklagekammer unbenommen, eine solche zu verfügen. Frantz Art. 9 Nr. 2.

ren angegriffen, weil die Sache vor das Schwurgericht gehört hätte. In diesem Falle muß die Sache öffentlich verhandelt werden, und der Ausspruch des Appellationsrichters vertritt, wenn er die Sache vor das Schwurgericht verweist, ebenfalls nur den Beschluß der Rathskammer, d. h. die Sache gelangt nach Rechtskraft des Erkenntnisses an den Anklagesenat, und wäre er auch aus denselben Mitgliedern zusammengesetzt[30]).

Ist dagegen das Appellationsgericht der Ansicht, daß die Sache nicht vor das Schwurgericht gehöre, so kann es sich auf diesen Ausspruch beschränken und die Sache an die Strafkammer zurückweisen, welche berechtigt ist, sich abermals incompetent zu erklären, so lange nur das Appellationsgericht als Berufungsbehörde gesprochen hat[31]): es kann aber auch auf Grund neuer Beweisaufnahme das Endurtheil fällen (Art. 102 Abs. 3).

3. Der Ausspruch des Appellationsgerichtes kann auch durch Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 108 Z. 2) angefochten werden. In diesem Fall entscheidet das Obertribunal endgiltig über die Competenz (Art. 10) und wohl auch (bei jeder Sachlage) über die rechtliche Beurtheilung der That, soweit sie damit zusammenhängt (Art. 118).

4. Ist die Incompetenzerklärung der Strafkammer auf andere Weise als durch Entscheidung des Obertribunals rechtskräftig geworden, dann bleibt es dem Anklagesenat, an welchen die Sache gelangt, noch immer offen, zu erklären, daß dieselbe nicht vor das Schwurgericht gehöre[32]). Beruht diese Entscheidung nicht auf Würdigung der Verdachtsgründe, sondern auf der rechtlichen Beurtheilung der Thatsachen[33]), so

[30]) Beschlüsse des Obertribunals v. 28. Oct. 1856 u. 22. Jan. 1857. Oppenhoff, Art. 9 Nr. 5.

[31]) Oppenhoff Art. 8 Nr. 3. Art. 102 Nr. 22, 23.

[32]) Dabei muß aber zugleich ein ausdrücklicher Beschluß über die weitere Behandlung der Sache (Einstellung oder Verweisung vor den competenten Richter) erfolgen. Liman-Schwarck zu Art. 9. N. 1 u. 2. Erkenntniß vom 14. Decemb. 1864. Oppenhoff Rechtsspr. V. 363.

[33]) Wenn die Anklagekammer aus factischen Gründen der Verweisung vor das Schwurgericht nicht beitritt, so kann dies geschehen a) weil sie überhaupt eine strafbare Handlung nicht als vorhanden ansieht, oder b) weil sie nur jene thatsächliche Annahme nicht theilt, vermöge deren sich die That nicht mehr als Vergehen, sondern als Verbrechen darstellen würde. Im ersten Fall vermag sie der Sache durch einen Einstellungsbeschluß ein Ende zu geben, der keinem weitern Rechtszug unterliegt. Im zweiten Fall muß sie die Sache an die Strafkammer zurückweisen und es liegt ein negativer Competenzconflict vor, aber ein solcher, den das Obertribunal nur entscheiden kann, indem es seiner sonstigen Bestimmung zuwider in die Thatfrage (Voitus in Goltd. Archiv III. 483 ff. Vrgl. daf. III. 403) eingeht; aber auch wenn dies geschähe, wäre die

ist dadurch allein schon ein negativer Competenzconflict erhoben, zu dessen Behebung — ohne daß erst versucht wird, ob die Strafkammer sich der Ansicht des Anklagesenates fügt — eine Entscheidung des Obertribunals einzuholen ist (Art. 9, Abs. 3), eine Entscheidung, welche ebenfalls für die weitere Behandlung maßgebend ist, jedoch nur, soweit sie die Competenz regelt (Art. 10: „daß die That als innerhalb der Competenz desjenigen Gerichtes liegend betrachtet werden muß, welchem die Sache zugewiesen ist“ [34]).

Was die örtliche Competenz betrifft, so stellt Art. 5 des Gesetzes die Regel auf, daß der Beschuldigte die darauf gestützte Einrede verliere, wenn er sie nicht bei seiner ersten Vernehmung in der Voruntersuchung oder falls eine solche nicht stattfindet, in der Hauptverhandlung vor Beginn des Beweisverfahrens erhebt [35]). Das Gericht kann ihr sofort stattgeben, und dann ist sein Erkenntniß Gegenstand einer selbstständigen Appellation, oder sie ablehnen und mit Verhandlung und Endurtheil

---

Rückkehr des Conflictes nicht ausgeschlossen, da die Strafkammer an die thatsächlichen Annahmen irgend eines höheren Gerichtes nicht gebunden ist. Das Richtige scheint vielmehr zu sein, daß die Strafkammer auch schon dem Anklagesenate gegenüber die Thatfrage als zu Gunsten des Angeklagten rechtskräftig entschieden anzusehen und nur noch zu beurtheilen hat, ob ihre rechtliche Ueberzeugung ihr bei dieser Sachlage noch gestatte, den Angeklagten des geringeren Delictes schuldig zu finden, oder ihr die Nothwendigkeit auferlege, ihn ganz freizusprechen. — Anderseits meint man, es käme dem Anklagesenat in solchen Fällen überhaupt nicht zu, auf die Thatfrage einzugehen (Goltdammer's Archiv III. 798 ff.); allein, wenn das Erkenntniß der Strafkammer nur den Beschluß der Rathskammer vertritt, muß ja wohl die Anklagekammer ihre normale Function üben, die durch nichts Anderes ersetzt ist. Auch in dem Fall liegt kein Competenzconflict vor, wenn der Anklagesenat, weil er überhaupt keine strafbare Handlung vorliegen sieht, das Verfahren einstellt (Goltdammer's Archiv VI. 251).

[34]) Der beschränkende Beisatz fehlte im Entwurfe und ward erst in den Verhandlungen der zweiten Kammer beigefügt (Materialien S. 72 u. 353). Man scheint den Unterschied nicht erheblich gefunden zu haben und doch ist er nicht unbeträchtlich. Die Folge hievon ist nämlich, daß bei unverändert gebliebenem Beweisergebniß zwei verschiedene Fälle eintreten können. Findet das erkennende Gericht, daß die Handlung ein Vergehen sei, aber ein anderes als dasjenige, welches das Obertribunal in ihr sieht, so ist es in der Lage, der eigenen Ansicht in dem Endurtheil freien Ausdruck geben zu können. Sieht es dagegen ein Verbrechen darin, dann ist es gehindert, sich für incompetent zu erklären und doch auch incompetent, des Verbrechens schuldig zu erklären. Es wird sich dann zu fragen haben, ob das Verbrechen, welches es in der Handlung sieht, ein Vergehen in sich schließe oder nicht; in letzterem Falle wird es nicht umhin können, freizusprechen, welcher Ausspruch sodann im Wege der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde geändert werden kann. Im Gegensatz hiezu würden bei Vernichtung eines Endurtheils die unteren Instanzen an den Rechtsanspruch des Obertribunals gebunden sein (Art. 118). — Gelangt das erkennende Gericht zu einer andern thatsächlichen Annahme, als diejenige war, von welcher das Obertribunal ausging, so kann es sogar sich abermals incompetent erklären. Oppenhoff Art. 9. N. 23, 24; Art. 10. N. 2.

[35]) Materialien S. 68.

vorgehen, wo dann die Incompetenzeinrede mit der Appellation gegen das Endurtheil zu verbinden sein wird (Art. 5 Abs. 3). Das Appellationsgericht aber kann in der Hauptsache nur dann entscheiden, wenn es die erste Instanz für competent erachtet; und wenn diese sich mit Unrecht für incompetent erklärt hat, kann es dies nur dann, wenn eine vollständige Beweisaufnahme in zweiter Instanz stattgefunden hat (Art. 102, Abs. 2. 3).

Wenn nun Art. 108 als Nichtigkeitsgrund die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über die Competenz anführt, so kann diese Bestimmung in schwurgerichtlichen Fällen überhaupt nicht Anwendung finden, da hier die Frage der örtlichen Competenz schon in der Voruntersuchung, die der sachlichen — nach der schon angeführten Bestimmung des Art. 6 — durch den rechtskräftigen Anklagebeschluß ihre Erledigung findet. So bleiben in der That nur mehr solche Fälle übrig, in welchen das Appellationsgericht über Competenzfragen eine unrichtige Entscheidung gab.

VI. In Bezug auf die Motivirung der vorläufigen und definitiven Anklagebeschlüsse ist durch eine Verfügung des Justizministeriums vom 2. Oct. 1849 (J.M.Bl. S. 411, Frantz §. 76 n. 1; Liman-Schwarck das. n. 6, Oppenhoff das. n. 11) den Gerichten die Weisung ertheilt, daß es in factischer Hinsicht genüge, wenn angegeben ist, daß das Gericht das Vorhandensein hinreichender Anzeigen annehme; ebenso bedürfe es in der Regel keiner Darlegung der Rechtsgründe und genüge eine genaue Qualification, sofern diese nicht zweifelhaft ist.

VII. Was den Instanzenzug betrifft, so findet, abgesehen von der doppelten Prüfung der Anklage wegen Verbrechen, nur eine Beschwerdeführung der Staatsanwaltschaft statt, und zwar wegen gänzlicher sowohl, als wegen theilweiser Abweisung ihres Antrages auf Eröffnung der Untersuchung oder Versetzung in Anklagestand[36]). Zu Gunsten des Beschuldigten soll selbst die Staatsanwaltschaft nicht Rechtsmittel einlegen können[37]).

VIII. Daraus ergibt sich von selbst, daß nach preußischem Recht der über die Eröffnung der Untersuchung (Versetzung in Anklagestand) ergehende Beschluß in keiner Weise der definitiven Entscheidung des er-

[36]) Materialien S. 118, 119.

[37]) §. 78 V. Art. 13 u. 15 Ges. Beschluß des Obertribunals vom 18. October 1852 (Goltdammer's Archiv I. 64. II. 670).

kennenden Richters vorgreife. Abgesehen von der unerläßlichen, ebenfalls auf das geringste Maß zurückgeführten Beschränkung hinsichtlich der Competenz hat daher der erkennende Richter völlig freie Hand. Dem Beschuldigten, welchem gegen den Entschluß des Gerichtes kein Rechtsmittel offen steht, müssen alle seine Einreden für die Hauptverhandlung offen bleiben, selbst jene, die er früher erhob und die durch den Eröffnungs- oder Anklagebeschluß beseitigt sind[38]). Selbst Formgebrechen, welche bei der Versetzung in den Anklagestand vorfielen, müssen daher vom Angeklagten in der Hauptverhandlung gerügt und durch eine Verfügung des betreffenden Richters, eventuell dann durch Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Endurtheil, behoben werden[39]).

Namentlich für die rechtliche Beurtheilung der Thatsachen sichert Art. 30 dem erkennenden Gericht principiell die freieste Beurtheilung, so daß auch in der Anklage nicht berücksichtigte Thatumstände herangezogen werden dürfen. Es war bei den Kammerverhandlungen gerade darauf abgesehen, auch in diesem Punkte das Verfahren vor Geschwornen mit dem vor den Gerichtsabtheilungen gleichzustellen[40]). Allein der Zweck wär doch nicht vollständig zu erreichen, denn es hat sich gezeigt, daß ein Rechtsirrthum, welcher in dem, wenigstens für den Angeklagten unanfechtbaren Anklagebeschluß sich findet, und von da in die Frage an die Geschwornen übergeht, sehr leicht der Nichtigkeitsbeschwerde unzugänglich werden kann, weil sich, da angeblich die Geschwornen nur die Thatfrage beantworten, die Anwendung des Gesetzes auf die von den Geschwornen mit den Worten des nicht passenden Gesetzes bejahten Thatsachen, nicht als irrig angreifen läßt[41]).

Der preußische Entwurf von 1851 und die auf denselben gegründeten Gesetze anderer Staaten: Bekanntlich ward in Preußen im Jahre 1851 der Entwurf einer vollständigen Strafproceßordnung veröffentlicht[42]), welcher daselbst zwar sehr bald durch das Gesetz vom 2. Mai 1852 und nun auch durch einen neuen

---

[38]) Beschluß des Obertribunals vom 20. Mai 1859 bei Oppenhoff Art. 15. N. 4, vrgl. Oppenhoff §. 1. N. 66. §. 40. N. 11.

[39]) Oppenhoff Art. 15. N. 2 u. 3. Liman-Schwarck a. a. O. Nr. 4.

[40]) Materialien S. 418 ff.

[41]) Goltdammer's Archiv V. 458 ff. VII. 676 ff. VIII. 338. IX. 668, 669. X. 454. Vrgl. v. Bar Recht und Beweis S. 47; siehe dagegen Walther Rechtsmittel II. 33—35.

[42]) S. darüber Abegg, der Entwurf einer Strafproceßordnung für die preuß. Staaten, Halle 1852, namentlich S. 107—118.

Entwurf (1864) verdrängt wurde, allein jener Entwurf von 1851 wurde die Grundlage einer Reihe von Gesetzeswerken, welche am besten gemeinschaftlich mit demselben besprochen werden, nämlich der Strafproceßordnungen für Oldenburg (1857), Bremen (1863), Baden (1864) und Hessen-Darmstadt (1865) und des Würtembergischen Entwurfes (1863); die Differenzen zwischen diesen legislativen Arbeiten sind zwar, was unseren Gegenstand betrifft, schon wegen der Verschiedenheit der Gerichtsorganisation, nicht unerheblich; trotzdem wird es rathsam sein, sie gemeinsam mit dem Entwurf, aus welchem sie hervorgangen sind, zu besprechen. Die wichtigsten Momente sind:

I. In Bezug auf die Frage, ob eine richterliche Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand erfolgen müsse, folgt der preuß. Entwurf dem französischen Vorbild. Er läßt bei Vergehen, bei welchen nicht die Verhaftung des Beschuldigten erforderlich ist, einen ohne vorausgegangene Voruntersuchung beim erkennenden Gericht einzubringenden Antrag des Staatsanwalts auf Bestimmung einer Sitzung zur Hauptverhandlung zu, welcher „unter keinen Umständen zurückgewiesen werden darf" (§. 399 vgl. mit §. 236 u. §. 253 Z. 3)[43]). Damit stimmt Oldenburg überein, nur kann dort die Voruntersuchung auch bei solchen Vergehen entfallen, wegen deren die Haft erforderlich ist, was der unmittelbaren Ladung einen weitern Wirkungskreis sichert (Art. 359; Art. 226 Z. 3 vgl. mit Art. 210 §. 1)[44]). Die Bremer St.P.O. stimmt ganz mit der Oldenburger überein (§§. 326, 343 Z. 4 und 538—540). In Hessen-Darmstadt kann der Untersuchungsrichter bei Vergehen, die vor ein Bezirksgericht gehören, statt die Untersuchung einzuleiten, die Anzeige an den Staatsanwalt einsenden, welcher berechtigt ist, beim Vorsitzenden des Bezirksgerichts auf unmittelbare

[43]) Nach der zuletzt angeführten Bestimmung hat die Rathskammer nach beendigter Voruntersuchung über die Einstellung des Verfahrens zu entscheiden. Diese Einstellung ist aber obligatorisch, wenn der Staatsanwalt weder bei der Einleitung der Voruntersuchung noch im Schlußantrage einen bestimmten Beschuldigten bezeichnet (§. 261 vrgl. mit §. 76). — Art. 231, §. 355 der Bremer St. P. O. verlangt unter allen Umständen die Bezeichnung eines bestimmten Beschuldigten im Schlußantrag. Nach der badischen St. P. O. (§. 64) kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung nicht mehr zurücktreten, sobald der Untersuchungsrichter die Versetzung in Anschuldigungszustand ausgesprochen hat. Damit stimmt auch Art. 72 Württ. Entw. überein.

[44]) Art. 359 §. 3 beschränkt die Unzulässigkeit der Zurückweisung des Antrages auf unmittelbare Ladung durch die Worte: „wenn eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat." In den anderen Fällen muß aber ein Verweisungserkenntniß vorliegen (Art. 226 Z. 3), man müßte denn an den Fall denken, daß der Staatsanwalt vor beendigter Voruntersuchung auf die Hauptverhandlung anträgt.

Vorladung zur Hauptverhandlung anzutragen, unbeschadet des Rechtes des Gerichtes, eine weitere Ermittlung anzuordnen (Art. 240). In Baden (§§. 66 u. 199 Z. 3) und nach dem Würtembergischen Entwurf (Art. 240 u. 258 Z. 2) ist die Voruntersuchung auch bei Vergehen obligatorisch und es findet daher keine unmittelbare Vorladung statt.

II. Der Preuß. Entwurf und die Oldenburgische St.P.O. halten sich auch darin ganz an das französische Vorbild, daß bei Vergehen die Rathskammer, bei Verbrechen erst diese, dann die Anklagekammer des höhern Gerichtes die Versetzung in Anklagestand berathen muß (Pr. E. §§. 17, 257—264, 270 ff.; Oldenb. Art. 20, 21, 226, §. 1; 229, 232—234). Bremen, Baden und Würtemberg lassen in allen Fällen nur eine einmalige Prüfung der Anklage durch dasselbe Collegium (Anklagekammer in Bremen, bei den andern Raths- und Anklagekammer genannt) zu[45]). Hessen-Darmstadt hat sich dem Vorgange des franz. Ges. v. 1856 angeschlossen. Der Untersuchungsrichter verweist die Sache bei Vergehen unmittelbar an das Bezirksstrafgericht; über die Verweisung vor das Schwurgericht entscheidet die Anklagekammer des Hofgerichtes, welche freilich eigentlich zugleich Rathskammer ist (Art. 249, 256 Z. 1.)

III. Das Verfahren, durch welches die gerichtliche Entscheidung herbeigeführt wird, beruht auf einem förmlichen Schlußantrag des Staatsanwalts und einem Vortrage, bei welchem dieser anwesend ist (§§. 256. 258 Preuß. Entw.; Art. 226 §. 2 Art. 228 Oldenb.; §§. 345 u. 351 Bremen; §§. 204. 210 Art. 256 u. 258 Abs. 3 Würtemb. Entw.) Das gleiche Verfahren findet in Hessen-Darmstadt in Schwurgerichtsfällen statt, doch hat hier auch der Untersuchungsrichter der Anklagekammer einen Hauptbericht mit Gutachten zu erstatten und der Beschuldigte kann eine schriftliche Ausführung einbringen (Art. 251. 252. 257—259). — Nach dem Pr. Entw. wird der Beschluß der Rathskammer, welcher die Einsendung der Acten an den Anklagesenat verfügt, dem Beschuldigten bekannt gemacht, welcher an den Anklagesenat eine schriftliche Ausführung einsenden kann, freilich

[45]) Nach §. 14 u. 15, 26 u. 42 der Bremer St. P. O. besteht die Anklagekammer aus drei dem Obergericht und Criminalgericht entnommenen Mitgliedern. Der Untersuchungsrichter kann an der Beschlußnahme nicht theilnehmen, nur je ein Mitglied desselben darf in derselben Sache an der Sitzung des Strafgerichtes und des Obergerichtes theilnehmen.

ohne daß ihm dies eben sehr erleichtert wird (§. 264 Abs. 2. §. 272. Uebereinstimmend Art. 234. §. 2 u. Art. 242 Oldenb.). In Bremen ist in allen Fällen dem Beschuldigten davon, daß die Sache von der Anklagekammer für spruchreif erachtet wird, unter Mittheilung des auf Verweisung gehenden Antrags der Staatsanwaltschaft Nachricht zu geben; und wenn der Antrag des Staatsanwalts auf Verweisung vor das Schwurgericht geht, kann der Beschuldigte eine schriftliche Ausführung einbringen (§§. 398 u. 351)[46]. In Baden ist eine Art von Schlußtermin vor dem Untersuchungsrichter beibehalten (§. 200), wobei dem Angeklagten zu Statten kommt, daß er schon in der Voruntersuchung sich eines Rechtsbeistandes bedienen kann (§. 97). Nach dem Württemb. Entwurf (Art. 257) muß dem Beschuldigten oder seinem Vertheidiger in allen Fällen vom Schlußantrag des Staatsanwalts und den Acten durch 5 Tage Einsicht gestattet werden, um gleichfalls Anträge stellen zu können.

IV. Abgesehen von den Fällen der unmittelbaren Ladung (oben I) hat überall das über die Versetzung in den Anklagestand urtheilende Gericht, das Ausreichen der Beweise zu prüfen, das Vorhandensein „hinreichender Anzeigen" (Pr. E. §§. 262, 264, 274. Oldenb. Art. 232 §. 1 u 2, Art. 233, 234. §. 1, 244. Bremen §§. 359, 362, 363, Baden §. 206 Z. 4, Hessen-Darmstadt Art. 262, 263, Württ. Entw. Art. 261). Ebenso hat es nach allen diesen Gesetzen das Vorhandensein von Thatsachen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder aufheben, zu berücksichtigen, die juristische Natur der schuldgegebenen Handlung zu beurtheilen und ganz seiner Auffassung gemäß die Anklage zu formuliren, ohne an die Anträge der Staatsanwaltschaft, oder da, wo eine zweigliedrige Prüfung stattfindet, an den Verweisungsbeschluß der Rathskammer (Pr. Entw. §. 276, Old. Art. 246) gebunden zu sein.

V. Die Rechtsmittel gegen die Beschlüsse des Anklagegerichtes sind folgendermaßen geregelt:

1. Gegen die Beurtheilung der Thatfrage durch das Anklagegericht gewährt die badische St. P. O. weder dem Staatsanwalt

[46]) Für den Fall, daß die Anklagekammer gegen den Antrag des Staatsanwaltes die Sache vor das Schwurgericht verweist, ist keine besondere Vorsorge (Nachholung der Vertheidigungsschrift) getroffen; allerdings könnte es geschehen, daß in einem solchen Falle auch der Staatsanwalt nicht anwesend wäre (§. 351).

noch dem Beschuldigten ein Rechtsmittel (§. 213). Der Beschuldigte allein ist davon ausgeschlossen in Sachen jeder Art nach dem preuß. E. 279, nach dem Oldenb. Art. 388, (wobei jedoch zu bemerken ist, daß in Schwurgerichtssachen eine zweimalige Prüfung der Thatfrage stattfindet), nach Hessen-Darmst. Art. 275, 280[47]) und dem Württ. Entw. Art. 413[48]). Da wo überhaupt eine dritte Instanz in diesem Stadium einzuschreiten hat (das Gegentheil ist der Fall in Bremen und nach dem Württemb. Entw.) ist keinesfalls die Thatfrage vor derselben zu erörtern.

2. Gegen die Entscheidung über die Competenz kann vom Beschuldigten überhaupt kein Rechtsmittel ergriffen werden nach §§. 280 u. 443 Preuß. Entw., Art. 387 §. 2 Oldenburg, §. 576 Bremer St. P. O. Der Staatsanwaltschaft dagegen steht überall und dem Beschuldigten nur in Hessen-Darmstadt und nach dem Württ. Entwurf das Rechtsmittel der Beschwerde (Nichtigkeitsbeschwerde) offen.

3. Was die rechtliche Würdigung der That betrifft, so steht nach dem Preuß. Entwurf der Staatsanwaltschaft eine Beschwerde gegen den Beschluß der Rathskammer nur dann zu, wenn sich als Consequenz der angefochtenen Beurtheilung eine falsche Entscheidung über die Competenz oder die Einstellung des Verfahrens ergeben hat (§. 278). Unter der gleichen Voraussetzung steht ihr die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des Anklagesenates offen (§. 443). Der Beschuldigte hat auch in solchen Fällen kein Rechtsmittel (§§. 280, 443). — Ganz das Gleiche gilt in Oldenburg (Art. 387), nur daß die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen Beschlüsse der Anklagekammer nicht als Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet ist. In Bremen ist unter gleichen Voraussetzungen eine Beschwerde bei dem Obergericht der Staatsanwaltschaft immer eröffnet (§. 576). Dem Beschuldigten steht anderseits gegen einen Beschluß, durch den er vor das Schwurgericht verwiesen wird,

[47]) Dies ist freilich nur bei Sachen, welche vom Untersuchungsrichter vor das Bezirksstrafgericht gewiesen werden, der Fall, da hier dem Beschuldigten kein Rechtsmittel offen steht, wohl aber dem Staatsanwalt. In Schwurgerichtssachen scheint dagegen völlige Gleichheit zu bestehen, da beiden Theilen nur die Nichtigkeitsbeschwerde offen steht, allein auch hier ist im Grunde die Anklagekammer schon zweite Instanz Vrgl. übrigens Motive S. 80, 81. Commissionsbericht (Beilage zum 59. Protokoll der Verhandlungen der 2. Kammer v. 1862) S. 350—353.

[48]) Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Beschluß für den Beschädigten unmittelbar nachtheilige Folgen hat, wie z. B. Suspension gewisser Rechte u. s. w. Art. 413, II. 8.

„eine Beschwerde bei dem Obergericht zu“ (§. 578), wobei also auch die im §. 576 für die Staatsanwaltschaft gezogene Beschränkung nicht stattzufinden scheint. — In Baden ist der Staatsanwaltschaft das Recht der Beschwerdeführung eingeräumt, wenn die Raths- und Anklagekammer den Angeschuldigten von der Anklage entbindet, die Sache an's Amtsgericht weist, oder eine „theilweise Verwerfung des Antrags auf Versetzung in Anklagestand“ verfügt. In letzterem Ausdruck ist unzweifelhaft auch der Fall mitbegriffen, wo die Sache statt vor das Schwurgericht nur vor das Kreisgericht verwiesen wird, oder der Beschluß des Gerichtes auf ein geringeres Verbrechen lautet, als dasjenige, welches nach Ansicht der Staatsanwaltschaft vorliegt. Man nimmt aber sogar an, daß er für jede Abweichung der rechtlichen Beurtheilung des Gerichts vom Antrag der Staatsanwaltschaft gelte[49]). In Hessen-Darmstadt hängt die Beschwerde gegen die Verfügung des Untersuchungsrichters, womit die Sache vor das Strafgericht verwiesen wird, davon ab, ob „der Nachtheil, welcher den Gegenstand der Beschwerde bildet, nicht in der Hauptverhandlung gehoben werden kann“ (Art. 275); es kann also wegen sachlicher Incompetenz und wegen unrichtiger Qualification keine Beschwerde stattfinden. Gegen Beschlüsse der Anklagekammer über die Frage, ob der Beschuldigte vor das Schwurgericht zu verweisen sei (das Gesetz spricht in Folge eines leicht erkennbaren Redactionsversehens nur von Beschlüssen, „wodurch der Beschuldigte vor den Schwurgerichtshof verwiesen ist“) steht die Nichtigkeitsbeschwerde beiden Theilen offen, wenn die Competenz des Schwurgerichtshofs oder die Zulässigkeit der Bestrafung oder Verfolgung überhaupt in Frage steht; die Staatsanwaltschaft kann sich auch darüber beschweren, wenn die Anklagekammer ausgesprochen hat, „daß gewisse erschwerende Umstände der That, welche ein höheres Strafmaß begründen, keine solchen seien“ (Art. 454 u. 455). Daraus ergibt sich, daß der Angeklagte sich nicht beschweren könne, wenn die vor das Schwurgericht gehörige That unter ein auf dieselbe nicht passendes Gesetz gebracht ist, anderseits die Staatsanwaltschaft in dieser Beschwerde sehr beschränkt sei; man muß bezweifeln, ob ihr gestattet sei, geltend zu machen, daß die That unter den Begriff eines andern, wenn auch schwereren Verbrechens falle. Auch nach dem Württ. E. sind der Beschwerde wegen unrichtiger Gesetzes-

[49]) Amman, Gerichtsverfassung und Strafproceßordnung für das Großherzogthum Baden. S. 161. (§. 213. N. 3–5).

anwendung sehr enge Grenzen gesteckt; sie findet nämlich in dieser Richtung nur statt, so weit der Rechtsirrthum die Verweisung vor ein nicht zuständiges Gericht, die gänzliche Zurückweisung der Strafklage zur Folge hatte, oder die letztere, welche bei richtiger Anwendung des Gesetzes hätte eintreten müssen, verhinderte (Art. 413. I. 3. II. 2. III. 6.)

VI. In Bezug auf die Frage, ob der über die Versetzung in Anklagestand ergangene Ausspruch für das spätere Verfahren bindende Kraft habe, zeigt sich durchaus das Bestreben, diese verbindende Kraft zu verneinen oder doch sehr zu beschränken:

1. Der Preuß. Entw. erkennt ausdrücklich an (§§. 280, 323), daß den Beschuldigten Verweisungs- und Anklagebeschluß nicht hindern, in der Hauptverhandlung alle zur Vertheidigung dienende Gründe geltend zu machen; damit stimmen überein Artikel 387 Z. 2 und Art. 282 Oldenb. §. 578 der Bremer, Art. 275 und 31, der H.-Darmst. St. P. O. und Art. 324 des Entw. f. Württemberg.

2. Alle diese Gesetze jedoch halten dabei den Grundsatz fest, daß der Angeklagte nicht begehren könne, daß das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht sich zu Gunsten eines Gerichtes geringerer Ordnung incompetent erkläre. Anderseits aber soll das Endurtheil wegen Unzuständigkeit des Gerichtes (nach §. 446 Z. 1 Pr. E. Art. 416 §. 1 Z. 1 Oldenb. §. 612 Z. 1 Bremer, Art. 459 Z. 1 H. Darmst. St. P. O.) nur dann angefochten werden dürfen, wenn die Unzuständigkeit schon vor dem Gerichte geltend gemacht wurde, dessen Urtheil angefochten wird. Der Württemb. Entw. erklärt die Einrede gegen die örtliche Zuständigkeit als durch die Rechtskraft des Verweisungs- oder Anklageerkenntnisses (gegen welches er Rechtsmittel einräumt) endgiltig ausgeschlossen (Art. 428 Z. 2). Mit Rücksicht auf das unter 1) Bemerkte bleibt also nur der Fall übrig, wo das Delict die Strafgewalt des erkennenden Gerichtes übersteigt. So behandelt auch die badische Strafproceßordnung die Sache (Vergl. §. 213 Z. 2 mit §. 373 Z. 5)[50]).

3. Erachtet die Strafkammer, daß das vor sie gebrachte Delict ihre Strafgewalt überschreite, so spricht sie ihre Unzuständigkeit aus. Auf diese Anordnung (verbunden mit der Ermächtigung einen Haftbefehl zu erlassen) beschränken sich §. 405 Preuß. Entw. Art. 364 Oldenb. Art. 413 Hess. Darmst. St. P. O. Der Zusammenhang ergibt, daß dieser

[50]) Ammann S. 257 bei §. 373 Nr. 9.

Ausspruch mit den gegen das Endurtheil eingeräumten Rechtsmitteln angefochten werden könne (Preuß. Entw. §. 446 Z. 2; Oldenb. Art. 416 Z. 2; Hess. Darmst. Art. 459 Z. 2) und daß, wenn er in Rechtskraft erwachsen ist, die Sache an die Anklagekammer zu bringen sei. — In Bremen kann der Ausspruch zwar durch Berufung angefochten werden (Art. 612 Z. 2); allein wenn er in Rechtskraft erwachsen ist, vertritt er die Stelle eines neuen Verweisungserkenntnisses (§. 547). Nach der badischen St. P. O. kann der Ausspruch nicht durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (§. 373); allein anderseits hat das Gericht „das Geeignete zur Einleitung des weiteren Verfahrens zu verfügen;" das bezieht sich somit auf die Verweisung der Sache an den Untersuchungsrichter, sowie auf die Rückweisung an die Raths- und Anklagekammer. (Allein was soll geschehen, wenn diese bei ihrer früheren Ansicht beharrt?) — Nach dem Württemb. Entw. Art. 395 verweist die Strafkammer die Sache an die Raths- und Anklagekammer, und es erfolgt, wenn diese nicht einverstanden ist, sofort eine Entscheidung des Obertribunals. Die Nichtigkeitsbeschwerde, welche gegen das Urtheil gewährt ist, womit das Gericht sich mit Unrecht für unzuständig erklärt (Art. 428 Z. 3) dürfte sich daher auf einen Ausspruch über örtliche Zuständigkeit beziehen.

4. Für die rechtliche Beurtheilung der That ist dem erkennenden Gericht principiell die vollste Freiheit gewahrt (Pr. Entw. §. 406; Oldenb. Art. 365; Bremen §§. 548, 549; Hess. Darmstadt Art. 414; Baden 248 Abs. 1—3. — In nicht unwesentlich abweichender Fassung Württ. Entw. Art. 327)[51]. Trotzdem ergibt sich in Schwurgerichtssachen die Schwierigkeit, daß das Gericht bei der Fragestellung an den Anklagebeschluß gebunden ist. Der Preuß. Entw. erklärt das bestimmt in §. 365, während §. 368 die Vorlegung „besonderer Fragen" zu dem Zweck vorschreibt, um die That auch unter einen anderen strafrechtlichen Gesichtspunkt zu bringen. Diese „besonderen" Fragen können daher wohl nur Eventualfragen sein[52]), worauf auch die Möglichkeit des Vorbehalts abgesonderter Verhandlung hinweist. Damit stimmt auch die oldenburgische St. P. O. Art. 326 überein,

[51]) Vrgl. Abegg a. a. O. S. 173. 174. Motive zum H. Darmst. Entw. S. 48—53. Motive zum Badischen Entw. (Beilage zum Protokoll der 70 öff. Sitz. der 2. Kammer 1863) S. 110 Commissionsbericht der II. bad. Kammer (Prestinari) zu §. 247; Ammann bei §. 248.

[52]) So faßt es auch Abegg auf; a. a. O. S. 164.

obgleich daneben Art. 325 Bestimmungen über Eventualfragen bietet, wobei nach den Motiven[53]) vorausgesetzt wird, daß am Schluß der Hauptverhandlung eine von der Anklageformel des Verweisungserkenntnisses abweichende Anklage erhoben sei. Diesen Bestimmungen entsprechen im Wesentlichen die §§. 480—484 der Bremer St. P. O. Dagegen spricht die H. Darmst. St. P. O. Art. 359 den richtigen Gedanken aus, daß jedenfalls die Hauptfrage auf das schwerere Delict gehen und es daher auch vorkommen könne, daß die Anklageformel in eine Eventualfrage übergehe. (Dieses Gesetz erwähnt des Vorbehalts weiterer Verfolgung nicht.) Die badische St. P. O. schweigt über Eventualfragen ganz, und deutet ihre Möglichkeit nur durch Erwähnung von Hauptfragen an; dennoch ist als ausgemacht anzusehen, daß auch dort Eventualfragen gestellt werden können, um die That unter einen andern strafrechtlichen Gesichtspunkt zu bringen[54]). Art. 363 Württ. Entw. entspricht sachlich den Bestimmungen des H. Darmst. Gesetzes.

Ueberall also kann in Schwurgerichtssachen der Gerichtshof nur anbahnen, daß die Sache unter einen andern strafrechtlichen Gesichtspunkt gebracht werde; nirgend aber den nach seiner Ansicht unzutreffenden von der Berücksichtigung durch die Jury ausschließen, sobald er aus dem Verweisungserkenntnisse sich ergibt.

Preuß. Entwurf v. 1865. Der preußische Entwurf von 1865 stellt in Bezug auf die Versetzung in Anklagestand folgende Hauptgrundsätze auf:

I. Für die Straffälle mittlerer Ordnung sind drei verschiedene Verfahrungsweisen vorgeschlagen:

1. Wenn keine gerichtliche Voruntersuchung geführt ist, kann die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift unmittelbar beim Vorsitzenden der Strafkammer einbringen, welcher, wenn keine Bedenken obwalten, sofort die Hauptverhandlung eröffnen kann. Zur Zurückweisung der Anklageschrift, welche übrigens niemals wegen unzureichenden Verdachtes erfol-

---

[53]) Aus dem Ausschußbericht S. 710 ergibt sich, daß Art. 325 erst bei der ständischen Berathung eingefügt wurde (vgl. Runde St. P. O. S. 110). Motive sind nicht angegeben.

[54]) Prestinari a. a. O. zu §. 247 Entw. Commissionsbericht (Haager) zu §§. 277, 298. Ammann S. 205.

gen kann, ist dagegen ein Beschluß der Strafkammer erforderlich (§. 98). Ob in solchen Fällen eine Verweisung an den Untersuchungsrichter vor eröffneter Hauptverhandlung zulässig sei, ist nicht ausdrücklich entschieden, eben dadurch aber verneint. — Die gegen die Abweisung der Anklage der Staatsanwaltschaft zustehenden Rechtsmittel sind in diesem Falle an keine Frist gebunden (§. 418 und die Motive auf S. 203).

2. Eine Unterart dieser Procedur ist das im §. 364 nach dem Muster des französischen Gesetzes v. 20. Mai 1863 geregelte abgekürzte Verfahren, welches die Staatsanwaltschaft im Fall einer gerechtfertigten (polizeilichen) Festnehmung des Beschuldigten, sofern dieser bei der Polizei vernommen wurde, veranlassen kann. In einem solchem Fall muß die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift mit dem Antrag auf gerichtliche Haft verbinden und die dafür vorgeschriebene Frist einhalten. Der Vorsitzende der Strafkammer entscheidet innerhalb dieser Frist über Beides und kann die Hauptverhandlung sogleich abhalten lassen. Eine vorausgehende Mittheilung der Anklageschrift ist nicht erforderlich; dagegen muß einem Vertagungsantrag des Angeklagten in der Hauptverhandlung stattgegeben werden.

3. In Fällen, wo eine gerichtliche Voruntersuchung stattfand, entscheidet die Rathskammer des Gerichtes erster Instanz (§. 82).

II. Handelt es sich um eine nach Auffassung des Staatsanwalts vor das Schwurgericht gehörige Sache, so übersendet er die Acten an den Oberstaatsanwalt, welcher, falls er derselben Ansicht ist, sofort seine Anträge vor der Anklagekammer des Appellationsgerichtes anbringt. (§. 86).

III. In allen Fällen muß die Staatsanwaltschaft eine Anklageschrift einbringen, welche sich die Raths- oder Anklagekammer aneignen kann, indem sie einen dahin gehenden Beschluß auf dieselbe setzt (§§. 83 u. 95 Abs. 1). Nur bei abweichenden Beschlüssen ist eine Motivirung erforderlich (§. 95 Abs. 3). Die Staatsanwaltschaft muß nöthigenfalls dem Verweisungsbeschluß gemäß die Anklageschrift um- oder neu arbeiten (§. 96).

IV. Dem Beschuldigten wird erst nach „Eröffnung des Hauptverfahrens" die Anklageschrift mitgetheilt und der Verkehr mit einem Vertheidiger eröffnet, welchem erst von dieser Zeit an die Acteneinsicht gewährt ist (§. 220).

Gegen Verweisungsbeschlüsse steht dem Angeschuldigten ein Rechtsmittel nur zu, „wenn und insoweit durch dieselben zugleich über die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit entschieden worden ist" (§. 414). Man kann sich diesen Fall allerdings schwer vorstellen; denn diese Einrede muß der Beschuldigte bei Verlust derselben „bei seiner ersten im strafgerichtlichen Verfahren stattfindenden verantwortlichen Vernehmung und falls diese erst in der Hauptverhandlung stattfindet, vor dem Beginn des Beweisverfahrens anbringen" (§. 51). Die Entscheidung über eine vor der Versetzung in den Anklagestand erhobenen Einrede sollte demnach ganz abgesondert erfolgen, während, wenn der Beschuldigte vorher nicht vernommen wurde, sie in der Hauptverhandlung durch ein Urtheil erfolgt. Man könnte also nur den Fall im Auge haben, daß die Voruntersuchung sogleich nach der Vernehmung des Angeschuldigten abgeschlossen, und die besondere Beschlußfassung über die Competenzeinrede unterlassen wird.

V. Wenn die Strafkammer die Sache als eine vor das Schwurgericht gehörige ansieht, so erklärt sie sich nicht blos incompetent, sondern sie fällt ein neues Verweisungserkenntniß, welches zugleich eine neue Anklageschrift entbehrlich macht. Dieses Erkenntniß der Strafkammer kann nur von der Staatsanwaltschaft durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (§. 54 u. 55, Motive S. 38 und 39). Damit sind wohl, da das Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, sich der Urtheilsfällung unterziehen muß, alle Schwierigkeiten gehoben, aber freilich um den Preis, daß die Schutzlosigkeit des Angeklagten gegenüber der Versetzung in Anklagestand noch auffallender wird.

VI. „Der erkennende Richter ist bei seiner Beurtheilung an die in der Sache früher ergangenen Beschlüsse nicht gebunden, er muß alle dem Angeklagten günstigen oder ungünstigen Thatsachen und Rechtsgründe, selbst von Amtswegen, in Betracht ziehen, auch wenn dieselben durch den Verweisungsbeschluß aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen beseitigt worden sind." (§. 271 vgl. §. 41). Die einzige Ausnahme macht die Frage der Zuständigkeit, welche jedoch in dem Fall offen ist, wo der Beschuldigte erst in der Hauptverhandlung die Einrede der örtlichen Incompetenz erhebt. Bei der Fragestellung an die Geschwornen ist die Hauptfrage an das Verweisungserkenntniß gebunden (§. 328); um die That unter einen anderen strafrechtlichen Gesichts-

punkt zu bringen, werden besondere (d. h. Eventual-) Fragen gestellt (§. 333).

C. Für das in Württemberg noch geltende Recht muß sich diese Darstellung auf das Schwurgerichtsverfahren, wie solches durch das Gesetz vom 14. Aug. 1849 geregelt ist, beschränken. Jeder Kreis umfaßt zwei Schwurgerichtsbezirke[55]; das Kreisgericht stellt den Schwurgerichten den Staatsanwalt, die Richter, den Stellvertreter des Präsidenten und möglicherweise auch den Präsidenten. Der Criminalsenat des Kreisgerichtes — welcher im Wesentlichen die Stellung der französischen Appellhöfe hat — ist die Anklagekammer, an welche die Acten dadurch gelangen, daß das Bezirksgericht alle abgeschlossenen Untersuchungen in schwurgerichtlichen Fällen, auch wenn die Einstellung der Untersuchung zu gewärtigen ist, (Art. 76 Abs. 2 St. P. O.) an den Staatsanwalt einschickt, welcher sie, auch wenn er die Verweisung ans Schwurgericht nicht am Platze findet, mit einem schriftlichen Antrag ohne Geschichtserzählung[56] dem Referenten übermittelt (Art. 7—12). — Der Criminalsenat des Kreisgerichts ist an die Anträge des Staatsanwaltes nicht gebunden[57]. Der Beschuldigte kann eine Denkschrift einbringen. (Art. 9). Gegen den Beschluß des Kreisgerichtes steht, wenn die Sache an ein Gericht geringerer Ordnung verwiesen wird, nur dem Beschuldigten die Beschwerde beim Obertribunal offen (Artikel 18); gegen das Verweisungserkenntniß ist sowohl dem Angeklagten als dem Staatsanwalt die Nichtigkeitsklage eingeräumt; allein letzterer kann dieselbe wohl nur zu Gunsten des Angeklagten anstellen da sie eben nur gegen das Verweisungserkenntniß (nicht gegen die Verweigerung desselben vgl. Art. 17) gerichtet ist, und da der einzige materielle Nichtigkeitsgrund, den das Gesetz anerkennt (Art. 28 Z. 1) den Fall betrifft, wo die dem Angeklagten zur Last gelegte That „nicht strafbar oder bereits rechtlich getilgt ist." Die unrichtige Qualification der That, selbst wenn bei richtiger Qualification die Sache vor ein Gericht geringerer Ordnung gehört hätte, begründet auch nicht zu Gunsten des Angeklagten Nichtigkeit.

Auf Grund des Verweisungserkenntnisses hat der für das

---

[55]) Art. 38 des Gesetzes und Erl. des Justizm. vom 20. Oktober 1849. Lebret II. 251.

[56]) Holzinger, die Schwurgerichte in Württemberg (1849) S. 106.

[57]) Holzinger a. a. O. S. 114.

Schwurgericht bestellte Staatsanwalt den Anklageact zu verfassen, über dessen Inhalt Art. 22 ausführliche Vorschriften ertheilt, welche indeß von der Spruchpraxis in dem Sinne erweitert wurden, daß der Anklageact eine „Beschreibung des factischen Hergangs" enthalten müsse, daß aus ihm erhellen müsse, „durch welche Erkenntnißquellen sich die Ueberzeugung des Anklagesenats und der Staatsbehörde gebildet habe." — Dabei geht die württembergische Praxis von der gewiß zu billigenden Ansicht aus, es gehöre „zu den wesentlichsten Rechten des Cassationshofes, Ungehörigkeiten der Staatsanwaltschaft, welche sich dieselbe als Ankläger zu Schulden kommen läßt, zu rügen" und es wird darum nicht blos dem Cassationshofe das Recht vindicirt, einen Anklageact für ungenügend und unstatthaft zu erklären, sondern auch den Schwurgerichtshöfen die Verpflichtung auferlegt, über etwaige Anträge des Angeklagten wegen Verbesserung des Anklageactes auf Vertagung bis zu dieser Verbesserung zu erkennen[58]).

Auch hier bilden Verweisungserkenntniß und Anklageact die Grundlage der Hauptverhandlung und der Fragenstellung (Art. 119, 154)[59]); und obgleich das Gesetz von anderen Fragen nur soweit spricht, als es sich um geringere Grade derselben strafbaren Handlung oder um straferschwerende Momente handelt (Art. 155, 157), hat dennoch auch hier die Praxis sich in dem Sinne festgestellt, daß auch auf ein schwereres als das im Anklageact bezeichnete Verbrechen (z. B. auf Mord statt auf Todtschlag) gefragt werden dürfe, wobei dann das in dem Anklageact bezeichnete Verbrechen Gegenstand einer Eventualfrage wird. Auch eine Frage nach einer wesentlich anders gearteten strafbaren Handlung scheint nicht für ausgeschlossen zu gelten[60]).

D. Die Braunschweig'sche St.P.O. v. 22. Aug. 1849 hat das Eigenthümliche, daß auch nach geführter Untersuchung die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens veranlassen kann, ohne einen Beschluß des Gerichtes einzuholen (§. 45). Bei der Mittelclasse der

---

[58]) Beschlüsse des Cassationsh. v. 28 Dec. 1850, 25. Febr. u. 20. Mai 1851, Lebret II. 1. S. 168, 169: Temme's Archiv II. 414.

[59]) In einer Conferenz von Schwurgerichtspräsidenten verständigte man sich sogar darüber, daß selbst wesentliche Mängel in der Schlußformel des Anklageactes vom Präsidenten nicht von Amtswegen verbessert werden dürften. Lebret II. S. 210.

[60]) Vrgl. die Beschl. des Cassationshofes v. 31. Jan. 1851 u. 22. Oct. 1853 bei Lebret II. 1. S. 210, 211, besonders aber das Urtheil vom 13.—16. November 1861 (in Kübel u. Sarwey's Württ. Archiv VII. 395 ff.) mit einer sehr durchgreifenden Motivirung.

Straffälle entscheidet über die Zulassung der eingebrachten schriftlichen Anklage das Kreisgericht, welches entweder sofort einen Tag zur mündlichen Verhandlung bestimmt, oder sich incompetent erklärt, oder Vervollständigung des Materials bewirkt, oder endlich, wenn die Handlung gegen kein Strafgesetz verstößt, oder wenn die Anklage auf gar keine, oder doch nur unzulässige Beweismittel sich stützt, erkennt, es sei kein Grund zur Anklage vorhanden oder die Anklage sei „in angebrachter Maße" verworfen (§. 84). Hieraus ergibt sich, daß eine Prüfung der Anklage nur insoweit stattfinde, als nöthig ist, um über Nothwendigkeit oder Unzulässigkeit der Hauptverhandlung vor diesem Gericht zu entscheiden, daß also namentlich das Gericht über die Formulirung der Anklage, über die Qualification der That u. s. w. sich nicht ausspricht. Der Beschluß des Kreisgerichtes kann auch nur, soweit er ein ablehnender ist, angefochten werden, und zwar, wenn Vervollständigung des Materials verfügt ist, durch Berufung an den Anklagesenat des Obergerichts, sonst durch Nichtigkeitsbeschwerde. — In den schwereren Straffällen legt die Staatsanwaltschaft die schriftliche Anklage sofort dem Criminalsenat (Anklagekammer) vor, an welchen sich auch der Angeschuldigte und Beschädigte mit Anträgen wenden können (§§. 95, 96). Die Anklagekammer kann in die Lage kommen, die Verbesserung ungiltiger Untersuchungshandlungen oder die Vervollständigung der Untersuchung (§. 97 Z. 1) zu verfügen, oder die Sache vor ein Gericht mittlerer oder unterster Ordnung zu verweisen. Geschieht dies nicht, und hat sie auf die Sache selbst einzugehen, so hat sie die Frage nach dem Vorhandensein von Strafausschließungsgründen bei Seite zu lassen[61]). In Bezug auf die Thatfrage ist ihr als Richtschnur vorgezeichnet: es sei zur Versetzung in Anklagestand nicht erforderlich, daß das Gericht die Ueberzeugung von der Schuld des Angeschuldigten habe, sondern nur, daß dringende Verdachtsgründe gegen ihn vorliegen[62]). In der Formulirung der Anklage, juristischen Würdigung und Bezeichnung der That ist die Anklagekammer von den Anträgen der Staatsanwaltschaft ganz

---

[61]) Degener, die größeren Justizorganisationsgesetze für das Herzogthum Braunschweig II. 70.

[62]) Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zwischen der Stellung der Rathskammer und der der Anklagekammer; denn „wenn das schwurgerichtliche Hauptverfahren nur bei dringendem Verdacht eintreten soll, so findet das kreisgerichtliche schon statt, wenn es nicht an allem Verdachte fehlt." Cass. Erk. v. 7. November 1857; Görtz Sammlung IV. Nr. 225.

unabhängig[63]). Auf Grund des Verweisungserkenntnisses ist die Anklageschrift zu verfassen (§. 100.) — Der Angeklagte muß bei Verlust der Einwendungen binnen acht Tagen die Incompetenz des Criminalsenats oder die Nichtigkeit des Verfahrens geltend machen, worüber der Cassationshof entscheidet (§§. 101, 102.) In der Schwurgerichtsverhandlung, welcher Anklageerkenntniß und Anklage zu Grunde gelegt werden, ist dem Gerichtshof freie Hand gelassen; das Gesetz bindet ihn nicht an die Anklageformel des Verweisungserkenntnisses.

E. Die Thüringische St.P.O. von 1850 hatte sich durch folgende Eigenthümlichkeiten in Bezug auf die Versetzung in Anklagestand ausgezeichnet:

1. Es entscheidet über dieselbe das Kreisgericht bei Vergehen, bei Verbrechen die Anklagekammer allein, welche in der Regel unmittelbar durch die Staatsanwaltschaft befaßt wird (Art. 194). Diese Einrichtung, welche auch in die österreichische St.P.O. von 1850 übergegangen war, ist beibehalten.

2. Die Staatsanwaltschaft hatte in jedem Falle eine förmliche Anklageschrift einzubringen, welche, ehe das Gericht über die Versetzung in Anklagestand entschied, dem Angeschuldigten mitgetheilt ward. Dieser konnte, unter Beiziehung eines Vertheidigers, Anträge und Ausführungen behufs Abwendung der Versetzung in Anklagestand einbringen (Artikel 196). Die letztere Bestimmung ist durch die Novelle von 1854 ganz beseitigt; die erstere konnte daher auch in dem Sinne modificirt werden, daß in Schwurgerichtsfällen die Anklageschrift erst nach dem Verweisungserkenntniß und auf Grund desselben zu bearbeiten sei (§§. 31 u. 32 d. R.).

3. Die Rechtsmittel waren 1850 in der Weise geregelt, daß gegen die Entscheidungen der Raths- und Anklagekammer niemals eine Berufung, immer nur die Nichtigkeitsbeschwerde offen stand (letztere namentlich auch nicht blos wegen eingetretener formeller Nichtigkeitsgründe und wegen Anwendung eines falschen Strafgesetzes, sondern auch wegen „Aberkennung von Beweismitteln, welche nicht offenbar unerheblich sind" Art. 208). Dagegen war im Entwurf der Novelle vorgeschlagen[64]), dem Angeklagten jedes Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Rathskammer zu entziehen, dem Staatsanwalt aber gegen

[63]) Degener II. 69, 70.

[64]) Müller, Kritische Betrachtungen. (Jena 1853). S. 102 ff.

letztere auch noch die Berufung einzuräumen. An letzterer Bestimmung hält auch das Gesetz (§. 43) fest; doch ist dem Angeklagten die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheidungen der Rathskammer geblieben. Die Aberkennung von Beweismitteln bildet keinen Nichtigkeitsgrund mehr, weil sie dem Staatsanwalt gegenüber unzulässig ist (§. 36 Abs. 3), während dem Beschuldigten erst nach dem Verweisungserkenntniß Gelegenheit zu Anträgen gegeben ist. (Dagegen kann das Anklagegericht von Amtswegen die Benützung von Beweismitteln anordnen §. 36 Abs. 4).

Die Entscheidung des Oberappellationsgerichtes ist nicht blos hinsichtlich der Competenz und aberkannter oder nicht geltend gemachter formeller Nichtigkeitsgründe endgiltig, sondern auch hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung der That in der Hauptverhandlung maßgebend. (§§. 48 u. 49 der Nov.)

4. In der Hauptverhandlung konnte nach Art. 255 u. Art. 287 Abs. 3 nur in gewissen, besonders bezeichneten Fällen von der der That im Verweisungserkenntniß zu Theil gewordenen Beurtheilung abgegangen und eine andere an deren Stelle gesetzt werden, wenn nicht Staatsanwalt und Angeklagter einverstanden waren. Dies ist durch §§. 67 u. 76 der Nov. in dem Sinne geändert, daß die Sache in das Ermessen des Gerichtshofes gestellt wird.

F. Nach der österreichischen St. P. O. v. 1853[65]) ist die Gerichtsorganisation, soweit das dem Abschluß der Untersuchung nachfolgende Verfahren in Betracht kommt, eine sehr einfache. Ueber die Versetzung in Anklagestand bei allen Verbrechen und Vergehen entscheidet in erster Instanz derselbe Gerichtshof (Standesgericht, Kreisgericht), bei welchem auch die mündliche Schlußverhandlung vorgenommen wird (§. 15 c.). Der ganze Unterschied, welcher bei der Aburtheilung in der

[65]) v. Hye-Glunek, Leitende Grundsätze der österr. St. P. O. (Wien 1854) S. 225 ff. Rulf, Commentar zu dem §. 192 ff. Frühwald, ebenda. Herbst, Einleitung in das österr. Strafproceßrecht (Wien 1860), S. 93—96. S. 101. — Die St. P. O. v. 1850 hatte sich auch hier an das französische Vorbild gehalten, aber sehr wesentliche Verbesserungen eingeführt; sie begnügte sich für die Einstellung der Voruntersuchung mit der Uebereinstimmung von Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, ließ in der Rathskammer den Untersuchungsrichter nur mit berathender Stimme zu; sie ließ in Schwurgerichtsfällen die Anklagekammer mit Umgehung der Rathskammer durch die Staatsanwaltschaft befassen. sie regelte die Nichtigkeitsbeschwerde in klarerer Weise, als das französische Recht, wenn auch mit Herübernahme manches Bedenklichen. Uebrigens hatte auch die unmittelbare Vorladung keinen Eingang gefunden. S. namentlich v. Würth, Die österr. St. P. O. (Wien 1851) S. 316 ff.

Hauptsache stattfindet, besteht darin, daß über Verbrechen, welche mit schwererer als fünfjähriger Kerkerstrafe bedroht sind, ein Collegium von 5 Richtern urtheilt, während andere Anklagen vor einem Collegium von 3 Richtern verhandelt werden. Ueber die Versetzung in Anklagestand entscheidet ein Collegium von drei Richtern, dem der Untersuchungsrichter, und zwar auch als Referent, angehören kann.[66]) Das Anklagegericht ist bei seinen Beschlüssen in keiner Weise an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden; ebensowenig bindet der rechtskräftige Anklagebeschluß das erkennende Gericht, welches nicht blos in der Schlußverhandlung von demselben abweichen (§. 250), sondern selbst im Zwischenverfahren neue Erhebungen vornehmen und auf Grund derselben geeignetenfalls „von dem frühern Anklagebeschlusse, selbst wenn er von einem höhern Gerichte geschöpft oder bestätigt worden ist, abzugehen und einen neuen Beschluß zu fassen" berechtigt ist (§. 220 Abs. 2. Vgl. auch §. 204.) Trotzdem sind gegen die Beschlüsse „über das abgeschlossene Untersuchungsverfahren" dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft (dieser sowohl zu Gunsten, als zum Nachtheil des erstern) dieselben Rechtsmittel eröffnet, welche gegen das Endurtheil offen stehen: nämlich die Berufung gegen den vollen Inhalt des Beschlusses, sie sei nun an thatsächliche oder rechtliche Erwägungen gestützt; und im Falle difformer Sentenzen die Berufung an die dritte Instanz (§§. 202—212), wobei bemerkt werden muß, daß dem Beschuldigten zur Ausführung seiner Berufung Acteneinsicht und Beiziehung eines „rechtskräftigen Vertreters oder in Ermangelung eines solchen eines andern verständigen und unbescholtenen Mannes" gewährt ist (§. 203). Der Grund für dieses zwar einfach geordnete, aber doch zu einer weitgehenden Verzögerung des Geschäftsgangs die Möglichkeit bietende System der Rechtsmittel liegt in dem Zusammenhang, in welchem die Bestimmungen über die Versetzung in den Anklagestand einerseits mit der gesetzlichen Beweistheorie und der Mehrheit der Urtheilsformen, und andererseits mit der in dieser Strafproceßordnung beibehaltenen Specialuntersuchung steht[67]). In Folge dessen können bei der Berathung über das abgeschlossene Unter-

[66]) Man war geneigt, hierin einen Fortschritt zu begrüßen. v. Hye-Glunek, S. 229, Anm. — Zum Theil fand man es in der Praxis noch bequemer, den Vortrag bei der Berathung über den Anklagebeschluß jenem Richter zuzuweisen, welcher den Vorsitz in der Schlußverhandlung zu führen hat.

[67]) Glaser, Ueber die Specialuntersuchung in Haimerl's Vierteljahresschrift II. 280 ff., besonders S. 271—274 (s. unten S. 375 ff.).

suchungsverfahren — abgesehen von Beschlüssen, durch welche die Ergänzung des Untersuchung, die Competenz u. s. w. geregelt wird — folgende Beschlüsse gefaßt werden:

1. Der Einstellungsbeschluß; er ergeht in jenen Fällen, wo von der Fortsetzung des Verfahrens abgestanden werden muß, ehe noch eine bestimmte Person in Specialuntersuchung gezogen ist (§. 197).

2. Der Ablassungsbeschluß in Form eines Schuldlosigkeitszeugnisses, welcher ergeht, wenn „sich in der dem Beschuldigten zur Last gelegten That" gar keine strafbare Handlung erkennen läßt, oder „alle wider ihn vorgekommenen rechtlichen Verdachtsgründe vollkommen entkräftet wurden" (§. 199 Abs. 3).

3. Der Ablassungsbeschluß mit der Wirkung einer Freisprechung wegen Unzulässigkeit der Beweismittel, welcher ergeht, wenn „zwar nicht alle wider den Beschuldigten vorgekommenen Verdachtsgründe vollkommen entkräftet sind, jedoch die Herstellung des Beweises der Schuld gegen denselben durch die Schlußverhandlung mit Grund nicht zu erwarten ist" (§. 6 Vdg. v. 3. Mai 1858)[68]).

4. Der Ablassungsbeschluß ohne weiteren Beisatz, welcher ergeht:

a) wenn die That, welche dem Beschuldigten zur Last gelegt wird, zwar nicht ein Verbrechen oder Vergehen, aber eine Uebertretung begründet (§. 197 Z. 1, 198 lit. a) u. 199 Abs. 2);

b) wenn Thatsachen erwiesen vorliegen, welche die Strafbarkeit der Handlung aufheben; wenn das Verfahren ohne das erforderliche Verlangen des Privatanklägers eingeleitet oder fortgesetzt wurde oder der Staatsanwalt infolge eingetretener Abolition von der Anklage zurücktritt (§. 198 lit. a) u. §. 197 Z. 2—4).

5. Der normale Anklagebeschluß (§. 200).

6. Der Anklagebeschluß „verbunden mit der Anordnung der mündlichen Schlußverhandlung durch unmittelbare Vorladung."

[68]) Vrgl. Rulf, Erläuterung der kais. Verordn. v. 3. Mai 1858 (Wien 1858) S. 16—19. Glaser in der Allg. österr. Gerichtszeitung 1858 Nr. 66. v. Waser das. Nr 91. Eine Singularität dieses Ablassungsbeschlusses ist es, daß er auf Verlangen des Beschuldigten, wenn dieser, statt die Berufung zu ergreifen, eine mündliche Schlußverhandlung begehrt, in einen Anklagebeschluß verwandelt werden muß, gegen welchen kein Rechtsmittel offen steht Ueber die Verwicklung, die sich ergibt, wenn das Gericht in der Schlußverhandlung, statt die Instanzentbindung aufrecht zu erhalten, den Angeklagten schuldig findet, oder wenn der Staatsanwalt gegen den Ablassungsbeschluß Berufung ergreift, der Beschuldigte aber die Schlußverhandlung begehrt; s. Glaser, G. Z. 1858 Nr. 66 u. 1859 Nr. 31; v. Waser daselbst 1858 Nr. 91, 1859 Nr. 52—54. Rulf a. a. O. S. 41 u. 42

welcher erfolgt, wenn der Beschuldigte im Untersuchungsverfahren ein mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenes Geständniß abgelegt hat und das Gericht die Untersuchung vollständig findet (§. 7 der Vdg. v. 3. Mai 1858). Die „unmittelbare Vorladung" äußert sich in diesem Fall — abgesehen von der dann zulässigen weiteren Schmälerung der Mündlichkeit (§§. 8 und 9 Vdg.) und dem Wegfall der Anklageschrift — nur darin, daß gegen diesen Anklagebeschluß kein Rechtsmittel eröffnet ist [69]).

G. Die kön. sächsische Strafproceßordnung von 1855 beruht auf einer höchst einfachen Gerichtsorganisation und Geschäftsvertheilung, vermöge deren in erster Instanz nur Einzelrichter und das Bezirksgericht (letzteres in der Hauptverhandlung immer in Versammlungen von 5 Richtern — §. 17 des Org.-Ges. —) zu urtheilen haben. Dadurch werden auch alle jene Schwierigkeiten, welche anderswo sich daraus ergeben, daß die Verweisung der Sache an drei verschiedene Gerichte möglich ist, wesentlich vermindert; namentlich der sonst so viele Verwicklungen nach sich ziehende Fall, daß das Gericht mittlerer Ordnung den Fall als einen seine Competenz überschreitenden ansieht, kann hier nicht vorkommen [70]).

Das Bezirksgericht kann niemals eine öffentliche Hauptverhandlung vornehmen, ohne daß die Sache von ihm [71]) in nicht öffentlicher Sitzung geprüft und ein Verweisungserkenntniß ergangen ist. Der Staatsanwalt kann zwar einen Antrag auf unmittelbare Vorladung stellen; allein dieser Antrag hat wesentlich nur die Bedeutung, daß „die Voruntersuchung unterlassen" wird, und daß dem Angeschuldigten gegen die diesem Antrag entsprechende Entscheidung nur die Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Bezirksgerichts offen steht. Im Uebrigen ist aber auch in solchen Fällen ein Beschluß des Bezirksgerichtes zu fassen, welcher

---

[69]) Es fällt also weder die gerichtliche Untersuchung, noch die Berathung des Collegiums über das abgeschlossene Untersuchungsverfahren weg. Rulf a. a. O. S. 20. Herbst S. 52. S. 94 Anm. **).

[70]) Schwarze, die Strafproceßordnung (3. Aufl.) S. 167 (zu Art. 234). Vrgl dessen Commentar II. 13.

[71]) Ueber die Gründe, um deren willen diese Prüfung demselben Gerichte, welches auch für Untersuchung und Hauptverhandlung zuständig ist, zugewiesen wurde, s. Motive S. 238 fg. und den Deputationsbericht XXXVI, ff. Schwarze's Commentar II, 1. ff. — Dort ist Gewicht darauf gelegt, daß der Untersuchungsrichter von der Berathung des Collegiums über die Untersuchung und von der Hauptverhandlung ausgeschlossen ist, und daß der bei jener Berathung bestellte Referent den Vorsitz in der Hauptverhandlung nicht führen darf. (Art. 66.)

ganz dieselben Voraussetzungen und dieselbe Bedeutung hat, wie das Verweisungserkenntniß (Art. 253, 254, 256).

Das gewöhnliche Verweisungserkenntniß hat einen — das Gericht in keiner Weise bindenden[72]) — Antrag des Staatsanwalts zur Grundlage. Dieser Antrag wird, wenn er auf Verweisung zur Hauptverhandlung (Fortstellung) geht, dem Angeschuldigten mitgetheilt, welcher Anträge auf weitere Erörterung der Sache und Gegenausführungen anzubringen berechtigt ist (Art. 231), und welcher auch von späteren Aenderungen des staatsanwaltschaftlichen Antrags in Kenntniß gesetzt werden soll (Art. 232). Dagegen hat die Staatsanwaltschaft niemals, auch nicht wenn das Verweisungserkenntniß von ihren Anträgen abweicht, eine Anklageschrift einzubringen[73]).

Die Prüfung des Verweisungsrichters umfaßt das ganze Processmaterial und zwar, sowohl die That- als die Rechtsfrage. In ersterer Hinsicht soll die Einstellung nur erfolgen, „wenn voraussichtlich die Abhaltung der Hauptverhandlung nutzlos sein würde," in letzterer formulirt das Verweisungserkenntniß die Anklage (nöthigenfalls auch in eventueller Fassung), stellt jedoch nur die Competenz definitiv fest, während es im Uebrigen der Hauptverhandlung freie Bahn läßt. In dieser Hinsicht unterscheidet übrigens das Gesetz mit großer Klarheit zwischen dem Fall, wo blos die rechtliche Beurtheilung *derselben* Thatumstände wechselt (Art. 297), und dem, wo die geänderte rechtliche Beurtheilung auf der Annahme von dem Verweisungserkenntniß fremden Thatumständen beruht (Art. 298). Im ersten Fall muß das Gericht seiner Ueberzeugung folgen, im zweiten *kann* es sofort in der Sache entscheiden, nachdem den Parteien Gelegenheit geboten wurde, den neuern Gesichtspunkt zu erörtern; es *kann* aber auch (in der Regel[74]) die Sache in die Untersuchung zurückverweisen.

---

[72]) *Schwarze*, Commentar II. 6 bei Art. 280.

[73]) Motive S. 249. *Rätze* in der G. Z. f. d. Königr. Sachsen. II. 1—9.

[74]) Die Ausnahmen bestimmt Art. 299; sie treten im Allgemeinen da ein, wo statt der schwereren Beschuldigung eine geringere, in jener involvirte oder doch durch sie nahe gelegte, als begründet angesehen wird. Die Frage, ob Thatumstände, welche das Verweisungserkenntniß geradezu *ausgeschlossen* hat, berücksichtigt werden können, scheint durch Art. 300 im *bejahenden* Sinne entschieden zu sein; ausdrücklich ist allerdings nur von Umständen die Rede, welche bereits Gegenstand der Untersuchung gewesen, „auf welche jedoch die Entscheidung über die Verweisung nicht gestützt worden war." *Schwarze* (Commentar II. 104) bemerkt zur Rechtfertigung dieser Bestimmung: die Umstände seien dem Verweisungserkenntniß gegenüber neue. Allein diese Bemerkung, sowie die dabei angeführte Argumentation *Hasenbalg's* (S. 153 ff.) paßt nicht auf Umstände, über die

Die Berufung steht dem Staatsanwalt offen, wenn wegen Mangels genugsamer Verdachtsgründe oder wegen genügenden Entlastungsbeweises auf Einstellung erkannt wurde (Art. 239). Dagegen ist der Gedanke des Entwurfes, auch dem Beschuldigten die Berufung gegen das Verweisungserkenntniß zu gewähren[75]), hauptsächlich wohl deshalb aufgegeben worden, weil ihm das Gesetz im Gegensatz zum Entwurf eine Berufung gegen das Endurtheil einräumte[76]). Dagegen steht die Richtigkeitsbeschwerde offen: wegen jeder Nichtigkeit der Voruntersuchung oder des Anklageverfahrens, wegen Incompetenz des für die Hauptverhandlung bestimmten Gerichtes, wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes, wobei jedoch der Unterschied obwaltet, daß, während die Staatsanwaltschaft überhaupt geltend machen kann, daß die Handlung „einem hierauf nicht anwendbaren Gesetze unterstellt worden ist" der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann hat, wenn „die Strafverfolgung durch unrichtige Gesetzesanwendung für rechtlich zulässig erklärt ist." Hiedurch ist nicht blos eine kaum zu rechtfertigende Ungleichheit zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten[77]) hergestellt, sondern es ist auch das Recht des letztern, die Zuständigkeit anzufechten, beträchtlich geschmälert; weil nach Schwarze's Auslegung die Beschwerde wegen Incompetenz nicht auf die wegen unrichtiger Qualification der Handlung gestützt werden kann[78]); d. h. nur die örtliche, nicht die

---

das Verweisungserkenntniß nicht schweigt, die es geradezu ausschließt. Vrgl. übrigens Schwarze's Bemerkungen über theilweise Einstellung (Strafproceßordn. Art. 235).

[75]) Vrgl. Motive S. 239, 240.

[76]) Deputationsbericht S. XXXVII. bei Schwarze Commentar II. 3.

[77]) Da das Verweisungserkenntniß der Beurtheilung der Sache in der Hauptverhandlung nicht präjudicirt, ist nicht abzusehen, warum der Staatsanwalt allein ein Interesse an der vorläufigen Richtigstellung der Qualification haben soll. Die Gründe, die man dafür geltend gemacht hat, (Deputationsbericht S. XXVIII. f. Schwarze, Commentar II. 25. Dessen Strafproceßordng. bei Art. 242) treffen theils für beide Theile zu, theils gar nicht. Es ist nämlich richtig, daß „die Verschiedenheit der in Frage kommenden Gesetze . . . eine sehr wesentliche, mithin einflußreiche sein könne" (Schwarze Commentar II. 25); allein dies gilt ja wohl auch für den Angeklagten. Indeß muß sich aus der Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung der Rechtsfrage ja wohl als Consequenz ergeben, daß das Gericht das hiefür nöthige Material sich vorführen lasse, und daß beide Parteien darauf antragen dürfen. Ist dies zugegeben, so ist nicht abzusehen, welchen Einfluß auf unsere Frage die dem Angeklagten gegen die im Endurtheil erfolgende Entscheidung der Thatsachen eingeräumte Berufung oder der Umstand üben soll, daß der Staatsanwalt „mit seinem Antrage zuerst vorzutreten hat."

[78]) Schwarze's Commentar II. 24. G. Z. II. 184. Erkenntniß des O. A. G. daselbst II. 138.

sachliche Incompetenz kann vom Beschuldigten durch Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden.

Von sonstigen Zwischenfällen, welche sich bei solchen Nichtigkeitsbeschwerden ergeben können, seien hervorgehoben:

1. Die Nichtigkeitsinstanz ist berufen, die Rechtsfrage selbstständig (und selbst, ohne daß sie ausdrücklich angeregt ist) zu prüfen und dabei an kein Verbot der reformatio in pejus gebunden [79]).

2. Der Cassationshof ist bei der Entscheidung der Rechtsfrage nicht darauf beschränkt, die Schlußfolgerungen zu prüfen, welche das Verweisungserkenntniß aus den daselbst angenommenen Thatsachen zieht, sondern kann zu dem angedeuteten Zwecke die Ergebnisse der Voruntersuchung frei benützen [80]).

3. Die Rechtsansicht, von welcher das Oberappellationsgericht bei Erledigung einer im Anklageverfahren erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde ausgeht, bindet das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht nicht (Art. 297).

H. In Frankfurt (Ges. v. 15. Mai 1856) bildet eine Abtheilung des Appellationsgerichtes die Anklagekammer (Art. 6). Sie entscheidet „nach beendigter Untersuchung über die Verweisung der Sache an das zuständige Gericht" (Art. 151 Z. 2), also in allen Fällen, wo die Sache vor den Assisenhof gehört, und in zuchtpolizeilichen Sachen, die der Staatsanwalt zur unmittelbaren Vorladung nicht geeignet findet, oder wo der Beschuldigte verhaftet wurde (Art. 99). Das Verweisungserkenntniß erfolgt auf Grund eines Schlußantrages der Staatsanwaltschaft und eines Vortrages des Untersuchungsrichters. Geht der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verweisung vor das Schwurgericht, so muß dem Beschuldigten zur Einreichung einer Denkschrift Gelegenheit geboten werden (Art. 152, 153). Die Anklagekammer kann auch „wegen ungenügenden Beweises" („Mangels an hinreichenden Anzeigen") das Verfahren einstellen. Sie verweist die Sache an das zuständige Gericht und „beauftragt" in Schwurgerichtssachen „die Staatsanwaltschaft mit der Abfassung der Anklageschrift" (Art. 163); ihr Urtheil präcisirt die Anklage nur in den Entscheidungsgründen (Art. 167). — Im Schwurgerichtsverfahren muß die Hauptfrage mit der Schluß-

[79]) Art. 246 Abs. 2. Vrgl. Schwarze, St. P. O. ad h. a. Dessen Commentar II. 30 ff.

[80]) Schwarze, St. P. O. S. 173. Commentar II. 32. 33. G. Z. II. 185.

formel der Anklageschrift übereinstimmen (Art. 232). Es können „zusätzliche Fragen gestellt werden, wenn das Ergebniß der Verhandlung den Gesichtspunkt verändert hat —“ (Art. 236).

Vor das Zuchtpolizeigericht kann die Sache kommen:

1. Durch ein Verweisungserkenntniß der Anklagekammer oder des Cassationshofes (§. 271).

2. Durch einen förmlichen Klageantrag der Staatsanwaltschaft, welcher vorgeschrieben ist, wenn die That auch mit Corrections- oder Zuchthausstrafe bedroht ist (Art. 273); endlich

3. In andern Fällen durch einen beim Vorsitzenden angebrachten Antrag auf Ladung des Beschuldigten (Art. 272).

In dem unter 2. erwähnten Falle findet eine vorläufige Prüfung der Klage durch das Zuchtpolizeigericht statt, welches durch Erkenntniß das Verfahren einstellen, oder auch aussprechen kann, daß die Sache vor das Schwurgericht gehöre (Art. 274). Auch in der Hauptverhandlung kann das Zuchtpolizeigericht sich incompetent erklären, soferne nicht ein Verweisungserkenntniß vorliegt, oder neue Thatumstände die Qualification der That ändern (Art. 290, 294).

Nur der Staatsanwaltschaft steht gegen das vorläufige Erkenntniß des Zuchtpolizeigerichts ein Einspruch offen, über den die Anklagekammer entscheidet (Art. 275). Ein Einstellungserkenntniß der Anklagekammer kann nur durch Nichtigkeitsklage angefochten werden (Art. 162).

I. In Hannover erfolgt die Erhebung der öffentlichen Klage entweder durch die von der Staatsanwaltschaft verfügte Vorladung vor das erkennende Gericht oder durch den an den Untersuchungsrichter gestellten Antrag auf Einleitung der Untersuchung gegen bestimmte Personen (§. 41 St.P.O. v. 1859). — Die unmittelbare Ladung vor das erkennende Gericht (also ohne vorausgehenden Rathskammerbeschluß) kann stattfinden, wenn ein „leichter“ Straffall (Vergehen) vorliegt, und die in der Voruntersuchung ermittelten Verdachtsgründe von der Erheblichkeit sind, daß die Verurtheilung des Beschuldigten nach Ansicht der Staatsanwaltschaft wahrscheinlich ist (§. 121). Ohne Zweifel kann sie aber auch in Fällen, wo keine Voruntersuchung nöthig ist, weil nur ein leichter Straffall vorliegt und eine Verhaftung des Beschuldigten nicht nöthig war (§. 83), erfolgen (§. 139 St.P.O. v. 1859 vgl. mit §. 132 St.P.O. v. 1850).

In anderen Fällen legt die Staatsanwaltschaft, wenn nach ihrer Ansicht ein leichter Straffall vorliegt, ihren, sei es auf Einstellung, sei es auf Verweisung zur Hauptverhandlung gerichteten Antrag der Rathskammer, und wenn sie der Ansicht ist, daß es sich um einen schweren Straffall handle, sofort der Anklagekammer des Appellationsgerichtes vor (§. 120). Auch die Rathskammer (§. 125 Abs. 3) und die Strafkammer (§. 158 Abs. 4) können die vor sie gebrachten Sachen an die Anklagekammer abgeben. Raths- und Anklagekammer haben die vor sie gebrachten Sachen in der Richtung zu prüfen, ob Gründe vorhanden seien, die Sache gegen den Beschuldigten weiter zu verfolgen und vor welches Gericht sie gehöre. So weit diese Prüfung sich erstreckt, haben sie den ganzen Gegenstand — nur in thatsächlicher Beziehung durch die öffentliche Anklage begrenzt — frei und ohne an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden zu sein, zu beurtheilen. Die Rathskammer muß, indem sie die Verweisung ausspricht, in dem Beschlusse „die Ansicht über die Strafbarkeit der angeschuldigten Handlung genau begründen" (§. 122, §. 125 Abs. 2); die Anklagekammer dagegen muß „ohne auf die einzelnen Beweise näher einzugehen, das . . . Verbrechen mit den die Gattung und Art desselben bestimmenden Umständen, sowie das Gesetz . . . bezeichnen," und in der Anklageformel „eine möglichst bestimmte Aufstellung der den Gegenstand der Beschuldigung bildenden That" geben (§. 131), welche letztere wörtlich in die Anklageschrift des Oberstaatsanwalts aufzunehmen ist (§. 132). Die Anklageschrift dient neben dem Verweisungsurtheil und der mündlichen Entwicklung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft der Hauptverhandlung zur Grundlage (§§. 189 und 190).

Diese Beschlüsse können durch Berufung nur wegen falscher Entscheidung über die eigene Competenz, über die Zulässigkeit der Verfolgung, über das zur Vornahme der Hauptverhandlung zuständige Gericht, endlich wegen Unvollständigkeit der Anklageformel von der Staatsanwaltschaft angefochten werden, und zwar nur soweit von dieser eine strengere Entscheidung begehrt wird. Fehlerhafte Beurtheilungen der That, welche aber der Verweisung der Sache vor das gehörige Gericht keinen Eintrag thut oder doch nur in der Weise, daß die Sache vor ein Gericht höherer Ordnung gebracht wird, als vor welches sie gehört, kann überhaupt nicht gerügt werden (§. 136. Vgl. übrigens §. 221 Z. 7).

Davon, daß das Verweisungsurtheil dem Angeklagten präjudicire, kann daher keine Rede sein. Dieser kann also dem Endurtheil gegenüber die seit Beendigung der Untersuchung hervorgetretenen Nichtigkeitsgründe und die Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts geltend machen; letzteres freilich nur soweit, als nicht „die ursprüngliche Unzuständigkeit eines Gerichtes durch den die Zuständigkeit aussprechenden Beschluß eines vorgesetzten Gerichtes" und „die auf örtliche Begrenzung der Gerichtsbezirke gestützte Unzuständigkeit" dadurch beseitigt ist, daß nicht bereits in erster Instanz ein Versuch gemacht wurde, dieselbe geltend zu machen (§. 221 Z. 2). — Erklärt sich die Strafkammer unzuständig und beschließt daher die Verweisung der Sache an die Anklagekammer, so steht dagegen die Berufung offen (§. 213); das Berufungsgericht kann, wenn es dieses Urtheil vernichtet, sofort in der Sache selbst erkennen (§. 219). Dagegen wird wohl aus §. 221 Z. 2 gefolgert werden können, daß wenn die Anklagekammer die Sache an die Strafkammer zurückweist, diese sich nicht abermals incompetent erklären dürfe. — Die Strafkammer ist an der freien Würdigung der vor sie gebrachten Thatsachen durch das Verweisungsurtheil nicht gehindert[51]); dagegen ist der Schwurgerichtshof auch hier angewiesen, in die Hauptfrage an die Geschwornen die Anklageformel des Verweisungserkenntnisses aufzunehmen; selbst zu eventuellen Fragen berechtigt nur das Hinzutreten oder Wegfallen von Thatumständen, nicht die abweichende Ansicht über die Rechtsfrage (§. 194). Anderseits ist bei eventuellen Fragen das Gericht nicht auf geringere Delicte beschränkt (Leonhardt, zu §. 188 St.P.O. v. 1850).

K. Die Strafproceßordnung für Lübeck v. 26. Nov. 1862 kennt das Geschwornengericht nicht und läßt alle Strafsachen, auf welche sie sich bezieht, in erster Instanz vom Stadt- und Landgericht in Versammlungen von 3 Richtern aburtheilen (§. 4). Dasselbe Gericht entscheidet auch über die Versetzung in Anklagestand. Ist eine Voruntersuchung geführt, so legt der Staatsanwalt seine Anträge dem Untersuchungsrichter vor, welcher dem Beschuldigten — nöthigenfalls durch Edictalladung — Gelegenheit gibt, seine Entgegnung vorzubringen. Die Entscheidung erfolgt sodann auf Grund eines Vortrages eines Mitglieds, umfaßt alle Fragen und namentlich auch die, ob „hinreichende Anzeigen vorliegen, oder ein genügender Entschuldigungsbeweis erbracht" sei (§§. 161—

[51]) Hasenbalg, S. 128 ff.

165). — Wo keine Unterſuchung nöthig iſt (§. 148), kann der Staatsanwalt die unmittelbare Vorladung des Beſchuldigten beantragen, das Gericht prüft dieſen Antrag in nicht öffentlicher Sitzung und iſt berechtigt, eine Vervollſtändigung der Vorverhandlungen und ſelbſt die Einleitung der Voruntersuchung anzuordnen (§§. 167, 169). Gegen die Erkenntniſſe im Anklageverfahren ſteht der Staatsanwaltſchaft und dem Beſchuldigten die Appellation an das Obergericht offen (§§. 230; 240).

L) Der Hamburger Entwurf von 1862, durch Präciſion, Einfachheit und manche werthvolle Neuerung ausgezeichnet, unterſcheidet zwiſchen Sachen, die vor das Geſchwornengericht und ſolchen, die vor das Strafgericht gehören. Bei letztern iſt es, gleichviel ob eine Voruntersuchung ſtattgefunden hat oder nicht, Sache des Staatsanwalts, welcher bis zur Erhebung der Anklage jederzeit von der Verfolgung zurücktreten kann (§. 26), dem Strafgericht die Anklageſchrift einzureichen. Findet der Vorſitzende dieſe unbedenklich, ſo ordnet er die Hauptverhandlung an, ſcheint ihm, daß die Anklage abzuweiſen ſei, oder daß ſie vor das Schwurgericht gehöre, ſo holt er den Beſchluß des Collegiums ein (§§. 135—138). Zu den Gründen, um deren willen die Anklage abgewieſen wird, gehört auch der Fall, daß „in Ermanglung eines in der Voruntersuchung abgelegten Geſtändniſſes auch überall keine rechtlich zuläſſigen Beweismittel angegeben ſind." (§. 137 Z. 2).

Iſt der Staatsanwalt (§. 191) der Anſicht, daß eine Schwurgerichtsſache vorliege, ſo überſendet er ſofort Anklageſchrift und Acten der Anklagekammer des Obergerichts. Erachtet das Strafgericht, daß eine ſolche vorliege, ſo überſendet es die Acten der Anklagekammer und benachrichtigt davon den Staatsanwalt (§. 138 vgl. §. 190). Die A. K. kann die Einſtellung des ſtrafrechtlichen Verfahrens auch aus dem Grunde beſchließen, weil ſie, „den Angeſchuldigten des ihm zur Laſt gelegten Verbrechens nicht verdächtig" findet, d. h. weil nicht „dringende Verdachtsgründe gegen ihn vorliegen (§§. 193, 194). Dagegen darf ſie Strafausſchließungsgründe ſo wenig berückſichtigen, als (in dieſem Stadium) das Strafgericht (§. 194 Abſ. vgl. mit §. 137); von Strafaufhebungsgründen iſt nur die Verjährung erwähnt (§. 137 Z. 4); daneben iſt auch der res judicata gedacht (§. 137 Z. 5). — Für den „Beſchluß der Anklagekammer, die Sache an das Geſchwornengericht zu verweiſen" iſt keine nähere Vorſchrift gegeben; es ſcheint weder einer Begründung, noch einer ſelbſtſtändigen Formulirung der An-

klage zu bedürfen (§. 195) und eben darum auch keiner Umarbeitung der Anklageſchrift. — Die Hauptfrage an die Geſchworenen muß auf das „Verbrechen, welches den Gegenſtand der Anklage bildet," gehen. Daneben kommen nur auf ein geringeres (oder minder umfaſſendes) Verbrechen gerichtete Fragen vor (§. 208).

M. Nach dem kurheſſiſchen Geſ. v. 28. October 1863 wird ebenfalls zwiſchen ſolchen Sachen, die vor das Schwurgericht gehören, und ſolchen, die das Obergericht aburtheilt, unterſchieden. — Bei letzteren iſt die Voruntersuchung (Inſtruction) nicht obligatoriſch (§. 105, 107). Die Anklage wird jedenfalls unmittelbar beim Vorſtand des Criminalſenats angebracht, welcher die Hauptverhandlung anordnen kann (§. 128 Abſ. 4). Zur Zurückweiſung der Anklage dagegen iſt ein Beſchluß des zur Entſcheidung in der Hauptverhandlung berufenen Collegiums erforderlich; ſie kann erfolgen: wegen Incompetenz, — wegen der Nothwendigkeit vorläufiger Aufklärung einzelner Punkte, — weil die Anklage rechtlich unbegründet oder verjährt iſt, und, wenn ein Inſtructionsverfahren vorausgegangen iſt, auch „vollſtändiger Entlaſtungsbeweis unzweifelhaft vorhanden iſt," oder „ein zur Bejahung der Schuldfrage führendes Ergebniß der mündlichen Verhandlung mit einiger Wahrſcheinlichkeit nicht erwartet werden kann" (§. 116, 119; 128 Abſ. 4). — In Schwurgerichtsfällen legt der Staatsprocurator die Acten dem Criminalſenat des Obergerichts mit dem Antrag auf Ertheilung des Anklageerkenntniſſes vor, welcher Antrag im weſentlichen aus den gleichen Gründen abgelehnt werden kann, wie bei Sachen, über welche das Obergericht ſelbſt entſcheidet (§§. 115, 116). —

Berufung findet ſtatt, wenn eine Anklage als rechtlich unbegründet oder verjährt zurückgewieſen wurde; wenn die Einſtellung des Verfahrens ausgeſprochen wurde; wenn die Verweiſung vor das Schwurgericht mit Unrecht erfolgte oder verweigert wurde. Die gegen das Anklageerkenntniß gerichtete Berufung muß aber auf eine „Nichtigkeit im Verfahren" gegründet ſein, und iſt außerdem nur zuläſſig, wenn geltend gemacht wird, „daß die Anklage eine Handlung zum Gegenſtande habe, welche nicht bei Strafe verboten ſei," oder daß die Sache nicht vor das Schwurgericht gehöre (§. 177 Z. 2—4; §. 180 Abſ. 2).

XIII.

Ueber die Specialunterſuchung.

Ueber die Specialunterſuchung.

(Haimerl's Vierteljahresſchrift für Rechts- u. Staatsw. II. [1858] S. 230 ff.)

I.

Als die öſterreichiſche Strafproceßordnung von 1853 die Specialunterſuchung wieder einführte, welche dem Namen nach der Sprache unſerer Geſetzgebung, und faſt auch der Sache nach unſerer Praxis ſeit lange fremd geworden war: mußten ſich offenbar die Blicke derjenigen, welche über die rechtliche Bedeutung derſelben Aufklärung ſuchten, auf die Geſchichte dieſes Proceßbeſtandtheils lenken. Wie viel nämlich auch über das Weſen der Specialunterſuchung geſchrieben wurde, wie ſehr man bemüht war, durch logiſche Entwicklung des Begriffs eine richtige Abgrenzung der Specialinquiſition von anderen Theilen des Criminalproceſſes zu gewinnen[1]), — man konnte mit den Reſultaten ſolcher Erörterungen niemals das Leben und die Praxis in Einklang erhalten. Wirklich geführte Criminalproceſſe ließen ſich niemals nach jenen im Allgemeinen richtigen Kategorien gliedern; und nur die Geſchichte des deutſchen Inquiſitionsproceſſes kann die Frage beantworten, was dieſem die Specialunterſuchung war[2]).

---

[1]) Siehe namentlich Bauer Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafproceſſe II. 169 ff. und die dort angeführte Literatur; dann Boehmer Elem. jurispr. crim. Sect. I. §. 1795. Koch Institut. jur crim. §. 780. Weſtphal Criminalrecht, S. 660 ff. Bannizza Delineatio juris crim. II. §. 189 s. §. 345 s. Renazzi Elem. juris crim. (Ed. III. Rom. 1820) III. 58 s. §. 101 s. Quiſtorp Grundſätze des deutſch. peinl. Rechtes (5. Aufl. 1794) II. S. 97 ff. (§. 592). Püttmann Elementa juris crim. §§. 762, 813 s. Gründler Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts (Halle 1799) §§. 414, 422. Meister princip. jur. crim. (ed. VI.) §§. 367–369. Klein Grundſätze des gemeinen deutſch. und preuß. peinl. Rechtes (Halle 1796) §. 546 ff. Dabelow Lehrbuch §. 393. Feuerbach Lehrbuch §§. 6, 24 ff. Grolman §§ 531, 539. Salchow's Lehrbuch (2. Aufl.) §. 5, 654 ff. Martin Criminalproceß (2. Aufl.) §. 128 ff. Abegg Lehrbuch des gemein. Criminalproceſſes (1833) §. 150 ff. Mittermaier deutſch. Strafverfahren II. §§. 111, 112, 139. Klenze Strafverfahren. S. 42.

[2]) Siehe dagegen Bauer a. a. O., S. 181.

Glücklicherweiſe beſitzen wir gerade über dieſen Gegenſtand eine ſo gründliche und ſo fruchtbare Unterſuchung in Biener's Beiträgen zu der Geſchichte des Inquiſitionsproceſſes, daß es, namentlich für die ältere Zeit, faſt genügen wird, die wichtigſten Reſultate derſelben in Erinnerung zu bringen.

Der Inquiſitionsproceß hat bekanntlich ſeine Wurzeln in zwei verſchiedenen kanoniſchen Einrichtungen: in den Sendgerichten und in der Anordnung, daß, wo Jemand durch Gerücht eines Verbrechens beſchuldigt iſt (infamatus), dieſes Gerücht gewiſſermaßen die Stelle des Anklägers vertreten und den Richter verpflichten ſolle, den Criminalproceß auch ohne einen Ankläger zu eröffnen. Von den Sendgerichten und der amtlichen Durchforſchung der Diöceſe ſchreibt ſich der Gegenſatz zwiſchen der gewiſſermaßen noch gegen Alle gleichmäßig gerichteten und der einer beſtimmten einzelnen Perſon ſich zuwendenden Unterſuchung her. Durantis nennt jene praeparatoria, dieſe inquisitio solennis: Praeparatoriam, quam alii vocant ordinariam, facit praelatus, cum visitat loca suae jurisdictioni subjecta. — — — Juramenta non recipiunt — — Solennis vero semper fit cum juramento. Item haec praeparatoria potest locum habere, cum certum est, maleficium esse commissum, sed quis commiserit ignoratur[3]).

Noch bedeutſamer iſt jedoch der zweite oben angedeutete Punkt. Der Bildungsproceß des Inquiſitionsverfahrens nahm davon ſeinen Ausgangspunkt, daß ſtatt des noch immer unerläßlich ſcheinenden Anklägers der Richter ſelbſt, gewiſſermaßen ſich zum Organ des Gerüchtes machend, die Anklage formulirte[4]). Allein während, ſo lange es einen Ankläger gab, der Beginn des Proceſſes durch die Willkür des Privaten beſtimmt wurde, mußte ſich jetzt, beſonders bei der Neuheit der Einrich-

---

[3]) Vrgl. Klenze a. a. O., S. 42.

[4]) Man braucht nur die alten Inquiſitionslibelle, welche eben die Stelle eines Anklagelibells vertreten ſollten, anzuſehen, um ſich davon zu überzeugen. So lautet das von Luden (Abhandlungen II. 21) aus Bonifacius (De maleficiis — Rubr. de inquisit. et earum formis) mitgetheilte folgendermaßen: In nomine Dei amen. Haec est inquisitio, quae fit et fieri intenditur per nobilem virum dominum A. potestatem . . . contra L. filium . . . in eo et super eo, quod ad aures . . . fama publica . . . pervenit, quod tali anno, mense et loco insultavit et insultum fecit praedictus L. contra etc. . . . Super quibus omnibus et generaliter super aliis omnibus adhaerentibus, dependentibus et connexis dominus potestas inquirere intendit et dictum L. repertum culpabilem de praedictis vel aliquo praedictorum punire et condamnare secundam formam juris. Vrgl. die bei Biener a. a. O. S. 105 aus Jo. Petri de Ferrariis Practica mitgetheilte Formel.

tung und der Bedingtheit ihrer Zulaſſung der Richter die Frage vorlegen: ob die Bedingungen, unter denen eine Inquiſition zu eröffnen ſei, hier erfüllt worden. Er mußte alſo jedenfalls das Vorhandenſein des Gerüchtes conſtatiren[5]).

Das Erforderniß des Vorhandenſeins einer infamatio hat ſich zwar nicht lange erhalten, und nebſt der Denunciation ſollte ſich der Richter auch durch das Vorhandenſein ausreichender Verdachtsgründe zur Eröffnung des Criminalproceſſes durch Inquiſition beſtimmen laſſen; allein abgeſehen davon, daß er ſich doch jedenfalls vom Vorhandenſein dieſer Indicien überzeugen mußte, ward früh die Forderung betont, es müſſe Gewißheit vorhanden ſein, daß überhaupt dieſes Verbrechen verübt, oder doch daß ein ſolcher Zuſtand herbeigeführt ſei, wie er durch ein ſolches Verbrechen herbeigeführt zu werden pflegt. Schon im römiſchen Recht fand man Anhaltspunkte[6]) für die Forderung, es müſſe vorher das corpus delicti conſtatirt ſein — constare de delicto, de corpore delicti. Das ganze Verhältniß iſt am deutlichſten von Gandinus beſchrieben: Ut debeat et possit praesumi contra aliquem, quod aliquid ipse delictum commiserit, debet constare judici, illud malum fore commissum, et quomodocumque per testes vel indicium vel alias per evidentiam facti ... Punctum enim est illud crimen, super quod debet praesumi et fundari; unde si de ipso crimine non constaret, quidquid aedificaretur nullum esset; unde discreti assessores antequam inquirant, vel accusationes recipiant, vel super eis procedant, faciunt per aspectum videri hominem mortuum vel vulneratum[7]).

Das iſt genau der Standpunkt, welchen auch die Carolina einnimmt, wenn ſie im Art. VI. (allerdings zunächſt nur mit Rückſicht auf die Folter) vorſchreibt: „Item ſo jemandt eyner Uebelthat durch gemeynen leumunt berüchtiget oder andere glaubwirdige anzeygung verdacht und arkwoning, und deshalb durch die oberkeyt von ampts halben angenommen würde, der ſoll doch mit peinlicher Frage nit angegriffen werden,

[5]) c. 19 X. de accus. (5. 1). F. Nic Eymericus Direct. Inquisit. haeret. prav. Rom. 1568 p. 44 (a. 69) und Pegen's Commentar dazu, S. 452. — Vrgl. Glaſer, Ueber Verſetzung in den Anklageſtand; im Arch. des Criminalrechts 1852, S. 275. (oben S. 319 ff.)

[6]) L. 1 §. 24 D. de S. C. Silaniano (29. 5); L. 1. pr. §. 1 de quaest. (48. 18); const. 1. C. ubi causae fisc. agunt. (3. 26). Vrgl. Luden a. a. O. S. 13 ff. namentlich S. 16 Anm. 1.

[7]) Alberti de Gandino Libellus super malef. Rubr. de praesumt. et indic. dubit. S. Luden a. a. O., S. 18.

es ſei dann zuvor redlich, und deshalb genugſame anzeygung und vermuthung von wegen derſelben miſſetat auf jenen glaubwirdig gemacht. Dazu ſoll auch eyn jeder richter inn dieſen großen ſachen vor der peinl. frag, ſovil möglich und nach geſtalt und gelegenheyt eyner jeden ſachen, beſchehen kan, ſich erkundigen und fleyßig nachfragens haben, ob die miſſethat darumb der angenommen berüchtigt und verdacht, auch beſchehen ſei oder nit."

Hielt man nun noch immer daran feſt, daß ein Proceß nicht ohne Parteien, ein Criminalproceß mindeſtens nicht ohne Beſchuldigten denkbar ſei: ſo mußte man anerkennen, daß dem Proceß eine Reihe von zur Begründung und Einleitung desſelben beſtimmten Acten des Gerichtes — die Conſtatirung der That vor Allem, ſodann auch die der Indicien gegen eine beſtimmte Perſon — vorangehen müſſe, und ſeit alten Zeiten war es üblich, die Verſchiedenheit durch den Gegenſatz der Benennungen inquisitio generalis und specialis zu bezeichnen. Schon Bartolus ſagt darüber: Quandoque de maleficio fit inquisitio generalis, non contra certam personam, quandoque specialis contra certam personam. Primo casu, antequam ad investigationem aliquam procedat, debet constare de maleficio. Et ideo rectores mittunt militem vel alium officialem ad videndum hominem mortuum et ad videndum vulnera, ut super hoc postea possit inquiri.

Dieſe letzteren Worte ſind für das Verhältniß bis lange nach Carpzow charakteriſtiſch. Die Generalinquiſition war eine Vorausſetzung des Proceſſes, nicht ein Beſtandtheil desſelben, und eben darum völlig formlos. Im Gegenſatz zu der für den eigentlichen Proceß vorgeſchriebenen eidlichen Vernehmung der Zeugen über vorbereitete Artikel werden dieſelben ſummariſch, d. h. ohne Artikel und unbeeidigt, abgehört[8]). Der Richter mußte ſich in dieſem Vorverfahren Gewißheit oder doch einen hohen Grad von Wahrſcheinlichkeit über die That und die Perſon des Thäters verſchaffen[9]), und ſchon in der Carolina, welche die früher erwähnten Erforderniſſe der (Special-) Inquiſition ſo nachdrücklich betont und für zweifelhafte Fälle Einholung des Raths der Sachverſtändigen vorſchreibt (C. C. C. Art. 7), iſt das

[8]) Carpzow: Practic. P. III. qu. CVIII. n. 65.

[9]) Non minus de delinquente, ac de ipso delicto judici constare debet, antequam contra certam personam inquisitionem specialem formet. Carpzow l. c. Nr. 42.

Inſtitut der defensio pro avertenda inquisitione speciali hinlänglich angedeutet.

Carpzow billigt übrigens noch nicht die Praxis, den Beſchuldigten vor Eröffnung der Specialinquiſition gleich den Zeugen, gewiſſermaßen zur Auskunftsvertheilung, ebenfalls nur ſummariſch, ſtatt wie in der Specialunterſuchung über Artikel zu verhören[10]).

Indeß waren die Nachtheile der Specialunterſuchung für den Inquiſiten äußerſt drückend. S. F. Böhmer[11]) ſagt darüber: Ut enim gravatam opinionem, quam reus hoc examine apud graves et honestos viros subiturus est, taceam, ut odiosum inquisiti nomen, quo, qui in summario examine leniori vocabulo inculpatus audiebat, simul ac articulatum examen subit, compellandus, silentio praeteream, palam est, cum, si opifex sit, juribus collegii sui ad tempus carere, et a consortio sui generis opificum tantisper, donec se purgaverit, excludi; sin artibus liberalibus operam navaverit, perpetuo impedimento exponi, quominus ad munera publica, aut dignitates, promoveri possit. — Erwägungen dieſer Art einerſeits, andererſeits die Hoffnung, neue Indicien zu gewinnen, verſchafften dem Gedanken Eingang, daß man den Beſchuldigten ſchon vor der Specialunterſuchung oder doch vor dem artikulirten Verhör vernehme. Letzteres ſchlägt Brunnemann vor, welcher räth, in der Specialinquiſition dem artikulirten Verhör die Aufforderung vorangehen zu laſſen, den ganzen Hergang zu erzählen. Johann Samuel Stryk, der Ueberſetzer von Brunnemann's Formula aliqua ordinationis criminalis inquisitoriae sine praejudicio, welche in Brandenburg (ſeit 1706) Geſetzeskraft erlangte, macht aber die Bemerkung[12]): „es ſei wohl zu obſerviren, daß, weil bei einer Generalinquiſition einem jeden Richter freiſteht, welche er als Zeugen abhören will, daß er auch die verdächtige Perſon ſelbſt, ob ſie gleich zur Specialinquiſition noch nicht genügſam Verdacht wider ſich hat, mitcitiren und unter dieſem Vorwand, daß ſie nur als ein Zeuge gefordert ſei, ihre Wiſſenſchaft von der Sache zu eröffnen, abhören kann, deſſen ſie ſich

---

[10]) l. c. qu. CXIII. n. 21. 22.

[11]) Meditt. in C. C. C. ad art. XX. §. VI.

[12]) In dem (mir nicht vorliegenden) lateiniſchen Original fehlt ſie, wie Biener a. a. O. 176 berichtet.

ohne erheblichen Verdacht zu entbehren nicht vermag“ [13]). Daraus entwickelte ſich dann die Praxis, den Angeſchuldigten noch vor der Specialunterſuchung *ſummariſch* zu vernehmen.

Bald gelangte, beſonders in dem Maße, als das Verhör des Inquiſiten mehr und mehr als Mittel der Ueberweiſung anerkannt war, dieſer Eindringling zu Macht und Anſehen. Zwiſchen die General- und die Specialinquiſition ſtellte ſich das *ſummariſche* Verhör, welchem der Verdächtige ſich unterwerfen mußte, ohne daß der Unterſuchungsrichter die Beſchuldigung zu formuliren und in Artikel zu bringen brauchte. Beſonders nach Aufhebung der Folter mußten die ſummariſchen Verhöre des Beſchuldigten der eigentliche Mittelpunkt des Proceſſes werden; die Vernehmung über Artikel ward überflüſſig gefunden, wenn es gelang, im ſummariſchen Verhör den Beſchuldigten zum Geſtändniß zu bringen. Das artikulirte Verhör und mit ihm die Specialunterſuchung ſank zu einer bloßen Form herab, zu welcher man nur ſchreiten mußte (und häufig ohne Hoffnung auf neue Reſultate ſchritt), wenn der Beſchuldigte, alles Verdachtes ungeachtet, auf ſeinem Läugnen beharrte; hie und da behielt man das artikulirte Verhör, beſonders bei Capitalfällen, auch bei, um das Geſtändniß zu ſolenniſiren.

Zu Ende des vorigen Jahrhunderts war die alte Specialinquiſition ein weſenloſer Schatten geworden, der man nur noch dadurch Leben erhalten konnte, daß man unter verſchiedenen Wendungen ihr das ſummariſche Verhör wieder zuſchob. So ſpricht *Feuerbach* von der Specialunterſuchung im *weiteren Sinne*, zu deren Anfang kein förmliches Decret oder Erkenntniß des Gerichtes erfordert wird, ſondern, welches als eröffnet zu betrachten iſt, ſobald der Richter durch was immer für eine Erklärung oder Handlung eine für verdächtig erkannte Perſon (ausdrücklich oder ſtillſchweigend) *beſchuldigt* und dieſe in die Nothwendigkeit verſetzt, ſich deshalb zu verantworten (Stand der Anſchuldigung) [14]). Nur bei ſchweren Verbrechen, und wenn wenigſtens ein halber Beweis hergeſtellt iſt, folgt „der *feierliche* (eigentliche) *Criminalproceß*, die *Specialinquiſition im engeren Sinne*, in Beziehung auf welche alle vorausgehenden richterlichen Handlungen das *vorberei-*

[13]) *Brunnemann's* Anleitung zu vorſichtiger Anſtellung des Inquiſitionsproceſſes . . . herausgegeben von J. S. D. (Halle, im Jahre 1697.) III. Cap. §. 6.

[14]) Lehrbuch §. 630.

[15]) A. a. O. §. 636.

tende ſummariſche Verfahren ausmachen“ [15]). Das Charakteriſtiſche dieſer eigentlichen Specialinquiſition iſt die Vernehmung des Inquiſiten über die Inquiſitionsartikel.

Man mochte nun Feuerbach beiſtimmen, oder mit Grolman [16]) fortfahren, das ſummariſche Verhör und Alles, was ſich daran anſchließt, zur Generalunterſuchung zu zählen; ſo viel konnte Niemand verkennen, daß dasjenige, was Jener die eigentliche Specialunterſuchung nannte, was dieſer als die Specialunterſuchung ſchlechtweg bezeichnet, eine leere, abgeſtorbene Form geworden war. Es war der Specialunterſuchung gegangen, wie ihrem eigenen Vorläufer. Wie im altdeutſchen endlichen Rechtstag, ſo war ſpäter in ihr urſprünglich der Proceß ſelbſt enthalten; wie jene zu der leeren und nun ſelten mehr gebrauchten Förmlichkeit der Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichtes herabſank, ſo verhielt ſich's nun mit der Specialinquiſition; das Ceremoniell ward dafür aufgeſpart, die eigentlichen Geſchäfte des Criminalproceſſes wurden vorher abgethan. Es konnte das um ſo weniger fehlen, weil es unvermeidliche Conſequenz des jetzt erſt ſich völlig klärenden Inquiſitionsprincips iſt, daß jede Form als etwas Unweſentliches bei Seite geſetzt, oder als mit dem Princip unvereinbar unterwühlt wird. So lange noch die Folter hinter dem artikulirten Verhör war, bot dieſes freilich ein bequemes Analogon der Streiteinlaſſung im Civilproceß, eine Erörterung der ſtreitigen Punkte, über welche dann die Folter erforderlichen Falls leicht Gewißheit verſchaffte. Jetzt aber, wo das Verhör das eigentliche Wahrheitserforſchungsmittel, das Inquiriren eine Kunſt geworden war, wie hätte der freie Flug dieſer Kunſt noch länger durch ein artikulirtes Verhör ſich binden laſſen ſollen? — Dazu kam noch, daß man die infamirende Wirkung, welche die Volksmeinung der Specialinquiſition beimaß, als auf Vorurtheil beruhend erklärte, während man doch nicht abließ, an den bloßen Verdacht die empfindlichſten Rechtsfolgen zu knüpfen.

So ſehen wir denn zu Ende des vorigen Jahrhunderts die Specialunterſuchung überall entſchieden zurückgedrängt. Das ſächſiſche Generale v. 30. April 1783 [17]) ſchränkte die Specialunterſuchung auf

[16]) Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft (3. Aufl.), §. 541 ff.

[17]) Weiske Handbuch der Strafgeſetze des Königreichs Sachſen. (Leipzig 1833). S. 142 ff.

Capitalverbrechen ein[18]). In allen anderen Fällen ſollten die Gerichte „mit Vernehmung des Inculpaten über Artikel, ſo lange bis darauf erkannt iſt, anſtehen. Hingegen ſind in allen dieſen Fällen die Acten, ehe ſolche nach rechtlichem Erkenntniſſe verſandt werden, ſo vollſtändig zu inſtruiren, daß alle zu des Inculpaten Ueberführung oder Entſchuldigung gereichende Umſtände hinlänglich beurtheilt werden können" u. ſ. w. Auch wird der Richter zum Koſtenerſatz verurtheilt, wenn die Unvollſtändigkeit der Unterſuchung ein Interlocut veranlaßt. — Dieſelbe Tendenz hat das preußiſche Geſetz vom 17. October 1796[19]).

Die damals herrſchende Anſicht über die Specialinquiſition faßt wohl am beſten Tittmann[20]) zuſammen, wenn er ſagt, Alles, was davon noch übrig geblieben, beſtehe darin, daß „alle für die Zurechnung merkwürdige perſönliche Verhältniſſe des Verbrechers, ſo wie alle Umſtände, welche die Veranlaſſung zur That und die Art der Ausführung derſelben bezeichnen, in logiſcher und chronologiſcher Ordnung, aber in abgeriſſenen Sätzen (Artikel) zuſammengeſtellt und dem Angeſchuldigten zu nochmaliger Erklärung darüber fragweiſe vorgelegt werden." Dadurch werde aber eben ſo wenig ein beſonderes Verfahren gegen ein beſtimmtes Individuum begründet[21]), als die Beſtimmung der Strafbarkeit dadurch ausſchließend bedingt ſei (Eſchenbach, Quiſtorp, Dorn, Danz). Auch liege das Weſen der Specialinquiſition weder in der Prüfung des Beweiſes (Kleinſchrod), noch in der Erörterung des Rechtspunktes (Siebert), weil in dieſer Hinſicht die Geſchäfte ſich nicht trennen laſſen. Auch habe die Specialinquiſition keine ihr eigenthümliche Form, wenigſtens keine noch immer übliche. „Die Unterſuchung nämlich kann gleich Anfangs gegen ein beſtimmtes Subject gerichtet werden, die Verhaftung desſelben kann aller Vernehmung der Erörterung des Thatbeſtandes u. ſ. w. vorhergehen, die Abhörung

[18]) Ein Mandat vom 17. April 1819 (Weiske a. a. O. S. 247), welches dem in der Specialunterſuchung erfolgten Widerruf des in der ſummariſchen Vernehmung abgelegten Geſtändniſſes alle Wirkung entzog, machte auch hier die Specialunterſuchung zu einer ganz leeren Form. Deshalb wurde dieſelbe 1829 (Mandat v. 28. September 1829) für Brandſtiftungsfälle — und für alle anderen Fälle durch ein Geſetz vom 30. März 1838, Art. V. (ſ. Groß Criminalgeſetzbuch II. 44) aufgehoben und durch ein Schlußverhör erſetzt.

[19]) Vrgl. Mittermaier deutſches Strafverfahren II. 12.

[20]) Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft (1. Aufl.) IV. 322 ff.

[21]) Tittmann führt nun freilich unter den Verfechtern dieſer Anſicht auch Carpzow an, der eine frühere Vernehmung des Beſchuldigten bekanntlich gar nicht zuläßt.

der Zeugen, die Confrontation u. dgl. geſchieht nicht erſt nach erfolgter Vernehmung über die Specialartikel, vielmehr geht dieſe jener vor u. ſ. w. Es iſt ſogar ſo weit gekommen, daß die Vernehmung über Artikel gar keinen weſentlichen Theil der Unterſuchung überhaupt mehr abgibt, daß die meiſten Unterſuchungen blos aus der ſogenannten Generalinquiſition beſtehen, die Vernehmung über Artikel aber nur bei todeswürdigen Verbrechen und auch hier nur um der mehreren Genauigkeit willen zu geſchehen pflegt, ſo daß man die Eintheilung in die General- und Specialinquiſition ganz entbehren kann und nur eine Berückſichtigung der Vernehmung über Artikel nöthig hat."

Seitdem hat die deutſche Geſetzgebung und die deutſche Doctrin die Namen General- und Specialinquiſition möglichſt vermieden. Die Doctrin verzichtete freilich nicht darauf, Eintheilungen des Strafverfahrens vorzuſchlagen, über die viel geſtritten wurde; denn an die Stelle jener Namen traten nach Mittermaier's und Bauer's Vorſchlag die Bezeichnung: Vor- und Hauptunterſuchung, und der Vorunterſuchung ſollte noch ein Informationsverfahren vorangehen, in welchem die Statthaftigkeit des Unterſuchungsverfahrens überhaupt auszumitteln, das letztere vorzubereiten iſt[22]). Wie man ſich dabei das Verhältniß der Hauptunterſuchung zur früheren Specialunterſuchung dachte, geht am beſten aus Jagemann's Bemerkung[23]) hervor, daß man jetzt nicht mehr einzelne Acte aufſpare, „vielmehr Alles, was zur vorläufigen Aufklärung dient, zu erſchöpfen ſucht, damit für die Hauptunterſuchung als weſentlicher Beſtandtheil nur noch die Verarbeitung des durch die Ausſagen der Zeugen, ſo wie der Angeſchuldigten gegebenen Stoffes übrig bleibe." Auch die nachtheiligen Folgen für die Ehre habe die jetzige Hauptunterſuchung nicht mit der alten Specialunterſuchung gemein.

Alle dieſe Erörterungen entbehrten indeß der gemeinrechtlichen Baſis; eine Theorie wurde raſch durch eine andere verdrängt; praktiſche Bedeutung erlangten ſolche Eintheilungen nur, wenn entweder die Praxis oder ein Geſetz die Einleitung der Hauptunterſuchung von einem förmlichen Spruch abhängig machte, dagegen ein Rechtsmittel einräumte, oder wo die Führung der Hauptunterſuchung einer beſonderen Behörde

---

[22]) S. Biener a. a. O. S. 190 ff.; Bauer a. a. O. S. 180 ff. Mittermaier a. a. O. II. §. 111.

[23]) Weiske's Rechtslexion s. v. Inquiſition V. 479.

vorbehalten war; *oder* wo die geſetzlichen Folgen des Reates erſt bei förmlicher Einleitung der Hauptunterſuchung eintraten. Was dieſen Punkt betrifft, ſo weiſt indeß *Bauer*[24]) ſchon darauf hin, daß zwar die jetzigen Ehrenfolgen nicht mit wirklicher Ehrloſigkeit zu verwechſeln ſeien, daß man aber nicht hindern könne, daß das das Volk thue, und daß daher mit der Hauptunterſuchung ſehr ſchädliche, theils factiſche, theils rechtliche Folgen verbunden ſeien, „*welche um ſo drückender ſind, da ſie meiſt durch die nachher erfolgende Losſprechung nicht wieder völlig gut gemacht werden können, und dieſelbe in der That einer Strafe gleichſtellen laſſen.*“ Wenn *Jagemann*[25]) dagegen bemerkt, daran ſei nicht die Hauptunterſuchung, ſondern die fehlerhafte Einrichtung des ganzen Verfahrens ſchuld, und es ſei „nur durch ein öffentliches Schlußverfahren, wozu der Angeſchuldigte förmlich in Anklageſtand verſetzt würde,“ zu helfen: ſo bezeichnet er damit den Gang, den in den Händen der *Geſetzgebung* die Dinge nehmen mußten und genommen haben.

Kehren wir nun zu dieſer zurück, wie ſie ſeit Anfang dieſes Jahrhunderts in den außeröſterreichiſchen deutſchen Landen ſich geſtaltete!

Die *preußiſche* Criminalgerichts-Ordnung von 1805 kennt eine Abtheilung der Unterſuchung überhaupt nicht mehr, ſondern nur verſchiedene Formen der Vernehmung des Beſchuldigten. Zuerſt iſt von vorläufiger Unterſuchung und den bei Feſtſtellung des Thatbeſtandes ſich zeigenden Spuren des Thäters die Rede; es ſind darüber alle Perſonen, welche Auskunft geben können, „mit Behutſamkeit“ zu vernehmen (§. 202), und „der Beſchädigte ſelbſt kann, *mit Vermeidung jeder Aeußerung des gegen ihn entſtandenen* Verdachtes, über die Umſtände, welche zur näheren Entdeckung des Thäters beitragen, vernommen werden“ (§. 203). Dieſe Vernehmung enthält offenbar noch nicht das, was in der Aufſchrift als „Eröffnung der Unterſuchung wider den Angeſchuldigten“ bezeichnet iſt. Während nämlich bei ihr die Eigenſchaft des Verhörten unausgeſprochen bleibt, ſoll, wenn durch die vorläufige Unterſuchung „ein gegründeter Verdacht auf eine beſtimmte Perſon fällt,“ dieſe vorgefordert oder vor Gericht geſtellt, nöthigenfalls auch verhaftet werden, wozu nur vorausgeſetzt wird, „daß die Exiſtenz eines Verbrechens wahrſcheinlich ſei, wenn auch der Thatbeſtand noch

[24]) a. a. O. S. 225.
[25]) a. a. O. S. 479. Anm. 190.

nicht vollkommen feſtgeſtellt worden (§§. 204—206), mit welcher Beſtimmung es in Einklang ſteht, daß nach §. 133 der Thatbeſtand der „Inbegriff der Umſtände iſt, die es *höchſt wahrſcheinlich* machen, daß ein Verbrechen begangen wurde.“ Das auf *dieſe* Weiſe eingeleitete Verhör iſt (§. 260 ff.) ausdrücklich als ein *ſummariſches* bezeichnet; es wird aber angenommen, daß *mehrere* ſummariſche Vernehmungen ſtattfinden können; ſie umfaſſen namentlich auch ſchon Vorhaltungen über Widerſprüche. Sie genügen formell ſelbſt zur Verurtheilung bei allen nicht mit Tod oder lebenswieriger Freiheitsſtrafe bedrohten Verbrechen, ſofern ſie ein glaubwürdiges und wiederholtes Geſtändniß ergeben (§§. 427 und 429). Jedoch *ſoll* der Richter bei allen nur einigermaßen ſchweren Verbrechen und *darf* er bei allen ein *Schlußverhör* vornehmen, welches *articulirtes* Verhör heißt und in den ſchwerſten Fällen ſogar immer auf Grund von im Concept zu den Acten gebrachten Fragen vorgenommen wird. In minder wichtigen Fällen werden die Fragen nur zu Protokoll dictirt und in den unbedenklichſten kann dem Angeſchuldigten eine ſchriftliche Species facti zur Abgebung definitiver Erklärungen vorgelegt werden. Das Ganze iſt alſo offenbar eine letzte gemeinſchaftliche Erörterung der Sachlage, beſtimmt, „den Angeſchuldigten zu einer beſtimmten Erklärung über die Wahrheit jeder einzelnen, ſcheinbar erheblichen Thatſache anzuhalten,“ und „bei dem Geſtändniſſe allem Irrthume möglichſt vorzubeugen und den Inquiſiten vor Uebereilungen zu bewahren.“ Charakteriſtiſch für die Formloſigkeit, welche mehr und mehr den Inquiſitionsproceß ergreift, iſt es, daß es dem Richter freiſteht, dieſes artikulirte Verhör, deſſen Unterbleiben ohnehin (den ſchon erwähnten Fall ausgenommen) den Proceß weder annullirt, noch eine Nachholung nöthig macht, entweder *vor oder nach Aufnehmung des Beweiſes* vorzunehmen.“

Nach dem *bairiſchen* Strafgeſetze von 1813 iſt die Generalunterſuchung „zu ſchließen, ſobald hinreichende Gründe gefunden ſind, um eine beſtimmte Perſon in den Stand der Anſchuldigung zu verſetzen“ (Thl. II., Art. 91). „Die Specialinquiſition nimmt ihren Anfang, ſobald eine Perſon von dem Richter in den Stand der Anſchuldigung verſetzt worden iſt, um über das ihr vermuthlich zur Laſt liegende Verbrechen perſönlich Rede und Antwort zu geben“ (Art. 91). Niemand kann in dieſen Stand der Anſchuldigung verſetzt und der Specialinquiſition unterworfen werden, „ſo lange nicht beſtimmte Gründe der Ge-

wißheit oder Wahrſcheinlichkeit vorhanden und zu den Acten gebracht ſind, 1. daß die ſtrafbare That geſchehen ſei, und 2. daß jene Perſon ſich derſelben als Urheber, Gehilfe oder Begünſtiger ſchuldig gemacht habe (Art. 93).

Den Anfang der Specialunterſuchung bildet nicht die proviſoriſche Verhaftung oder das ſummariſche Verhör (Art. 92), ſondern immer nur eine ausdrückliche Verfügung, welche in gewiſſen beſonders unbedenklichen Fällen der Unterſuchungsrichter, in der Regel aber das Criminalgericht trifft, an welches nach geſchloſſener Generalunterſuchung die Acten einzuſenden ſind — ſofern dieſes nicht entweder Ergänzung der Specialinquiſition, oder ſei es proviſoriſche, ſei es definitive Aufhebung derſelben anzuordnen findet (Art. 98.) Bei beſonders vertrauenswerthen, unbeſcholtenen Perſonen geht der Einleitung der Specialunterſuchung die ſchriftliche Aufforderung zur ſchriftlichen Verantwortung vorher (Art. 99).

Erſt von dem Augenblick an, wo die Specialunterſuchung beginnt, — wider deren Verhängung der Angeſchuldigte ſich nur durch unumſtößliche, keiner Weitläufigkeit unterworfene Beweiſe über Mangel des objectiven Thatbeſtandes, ein Alibi oder einen Irrthum in der Perſon vertheidigen kann, — heißt er Inquiſit, peinlich Angeſchuldigter, bis dahin: Inculpat, Befragter, Verhörter.

Der Unterſchied zwiſchen der Generalunterſuchung und der Specialinquiſition äußert ſich weſentlich in der Art des Verhörs des Angeſchuldigten. So lange letztere nicht verfügt iſt, kann er nur ſummariſch verhört werden, wobei er „auf keine Weiſe des Verbrechens zu beſchuldigen oder zur Ablegung eines Bekenntniſſes hierüber aufzufordern,“ vielmehr iſt das Verhör ſogleich abzuſchließen, ſo wie der Vernommene angibt, die Urſache ſeiner Verhaftung oder Vorrufung nicht zu wiſſen (Art. 156, 158). — Das im ſummariſchen Verhör abgelegte Geſtändniß reicht aber nicht aus, um darauf hin eine peinliche Strafe zu verhängen, auch iſt das ſummariſche Verhör gar nicht weſentlicher Beſtandtheil der Unterſuchung. — Im ordentlichen Verhör erſt dürfen dem Inquiſiten Vorhalte mit dem Befragen gemacht werden, wie er ſich zu rechtfertigen oder bei dem Läugnen zu behaupten vermöge (Art. 175).

„Wenn durch die Specialinquiſition die Gegenſtände der Unterſuchung gehörig erſchöpft ſind, oder keine nähere Aufklärung weiter zu

hoffen iſt, ſo tritt das Schlußverfahren ein, welches die Herſtellung oder Ergänzung Alles deſſen, was etwa noch zur Vertheidigung des Angeſchuldigten dienlich ſein mag, zum Hauptzwecke hat" (Art. 44). Zu dieſem Zweck wird ein Vertheidigungstermin angeſetzt, für welchen ſich Inquiſit und ſein Vertheidiger gehörig vorbereiten können.

Die Bedeutung dieſer Beſtimmungen über die Specialunterſuchung wird indeß erſt völlig klar, wenn man ſieht, welche die Vorausſetzungen der Losſprechung (im Gegenſatz zum Unſchuldserkenntniſſe) und der Entbindung von der Inſtanz ſind. „Wenn nämlich zwar die Unſchuld des Inquiſiten nicht erwieſen iſt, jedoch die wider denſelben vorhandenen Beweismittel aufgehoben oder wenigſtens ſo weit geſchwächt ſind, daß dieſelben nicht hinreichen würden, um wider eine Perſon zur Specialunterſuchung zu ſchreiten," lautet das Urtheil auf Losſprechung, das iſt, „daß der Angeſchuldigte nicht als ſchuldig befunden worden, derſelbe daher von der Strafe freigeſprochen werde" (Art. 354). Umgekehrt erfolgt Entbindung von der Inſtanz („daß die Unterſuchung wegen mangelnden Beweiſes einzuſtellen ſei"), wenn die Beweiſe zwar nicht zur Verurtheilung hinreichen, immer aber ſo viel Verdacht übrig bleibt, als hinreichend wäre, um Jemand der Specialinquiſition zu unterwerfen (Art. 356.)

Man ſieht leicht, daß hier ein Verſuch gemacht iſt, den wiſſenſchaftlichen Gedanken, welcher in die althergebrachte Eintheilung hineingelegt wurde, auf andere Formen anzuwenden. Der leitende Grundgedanke iſt, daß die Specialunterſuchung mit dem Augenblick beginnt, wo der Beſchuldigte gezwungen wird, ſich gegen eine direct erhobene Beſchuldigung zu rechtfertigen; ſah man von der Artikelform ab, ſo war eben das amtliche Vorhalten der ſchon formulirten Beſchuldigung das Charakteriſtiſche der alten Specialunterſuchung; dies ſollte auch in der neuen ſtattfinden und ihr vorbehalten bleiben, wenn gleich die Artikel wegfallen. Die äußeren Formen des Beſchluſſes, die Nothwendigkeit der Actenverſendung bezeichnen deutlich genug den Anfang der Specialunterſuchung; dafür, daß ſie nicht zu früh beginne, iſt reichlich geſorgt, dafür, daß ſie nicht zu weit hinausgeſchoben werde, ſorgt die Bedeutungsloſigkeit des bis dahin allein möglichen ſummariſchen Verhörs.

Die württembergiſche Strafproceßordnung hat zwar ſchon ein mündliches Schlußverfahren eingeführt; indeß iſt darin kaum mehr als eine Vereinigung des in der bairiſchen Strafproceßordnung angeordneten

Vertheidigungstermins mit dem Referat über die Acten zu erkennen. Die Unterſuchung behält ganz die alte Stellung; allein wenn dieſelbe in Vor- und Hauptunterſuchung getheilt iſt, und es heißt, daß letztere durch die Verſetzung in Anklageſtand eingeleitet werde (für welche Art. 77 wörtlich dieſelben Vorausſetzungen hinſtellt, wie das bairiſche Geſetz); ſo iſt das Verhältniß hier doch ein ganz anderes. Das Verhör in der Vorunterſuchung wird nicht mehr ein ſummariſches genannt; es unterſcheidet ſich durch nichts von dem Verhör in der Hauptunterſuchung; auch iſt es ein nothwendiger Beſtandtheil der Unterſuchung[26]), während ein weiteres Verhör nicht mehr nöthig iſt, wenn bei der erſten Vernehmung ein verläßliches Geſtändniß erfolgt.

Den Beſchluß auf Verſetzung in Anſchuldigungszuſtand faßt nur ausnahmsweiſe der Unterſuchungsrichter; in der Regel iſt er dem Bezirksgerichte vorbehalten (Art. 89). Er gehört zur weſentlichen Form des Verfahrens. Die Unterlaſſung dieſer Beſchlußfaſſung zieht die Nichtigkeit der mit dem Angeſchuldigten als ſolchem vorgenommenem Verhöre nach ſich. Iſt die Eröffnung des Beſchluſſes an den Angeſchuldigten verſäumt worden, ſo muß ſolche, wofern nicht das Schlußverfahren bereits erfolgt iſt, nachgeholt werden (Art. 81).

Ergibt ſich während des Laufes der Hauptunterſuchung gegen den Angeſchuldigten zureichender Verdacht weiterer Vergehen, ſo bedarf es hinſichtlich der letzteren eines beſonderen, auf Verſetzung in den Anſchuldigungsſtand lautenden Beſchluſſes.

Doch iſt jener Beſchluß auch in den ſonſt dem Bezirksgericht vorbehaltenen Fällen nur von einem Einzelrichter zu faſſen, wofern nicht das weitere Verbrechen eine höhere Strafart begründet, als dasjenige, wegen deſſen die Unterſuchung eröffnet worden iſt. Stellt ſich dieſelbe Handlung, in Beziehung auf welche die Verſetzung in den Anſchuldigungsſtand erfolgt iſt, während der Hauptunterſuchung als eine andere Stufe des Verbrechens oder als ein verſchiedenes Verbrechen dar; ſo ſoll, wenn hiernach eine höhere Strafart zur Anwendung kommen

---

[26]) Art. 75: Wird bei einer Vorunterſuchung gegen eine Perſon der Verdacht ihrer Urheberſchaft oder Theilnahme an dem Verbrechen ermittelt, ſo hat der Unterſuchungsrichter den Verdächtigen durch deſſen vorläufige Vernehmung, ſo wie nach Befinden durch Gegenüberſtellung desſelben und der Zeugen zur Erklärung über die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu veranlaſſen, um zu erheben, ob der zur Verſetzung in den Anſchuldigungsſtand erforderliche Grad von Wahrſcheinlichkeit der Schuld vorhanden ſei.

könnte, die Verſetzung in den Anſchuldigungsſtand nochmals, nach Befinden durch den Bezirksrichter oder das Bezirksgericht geſchehen (Art. 85).

Die württembergiſche Strafproceßordnung bildet in vielen Beziehungen den Abſchluß der Entwicklung des reinen deutſchen Inquiſitionsproceſſes und den Uebergang zu einer neuen Reihe von unter dem Einfluß des franzöſiſchen Vorbildes ſtehenden Geſetzen. So auch in der uns beſchäftigenden Frage. Die letzten Schutzwände, welche das bairiſche Proceßgeſetz noch hatte ſtehen laſſen, ſind für das, was hier die eigentliche Unterſuchung bildet, die Vorunterſuchung, gefallen; das, was jetzt die Hauptunterſuchung heißt, muß nicht einmal unumgänglich ein Verhör des Beſchuldigten enthalten. Dagegen bricht jetzt der Gedanke ſchon durch, daß die Unterſuchung nur die Materialien für die künftige Entſcheidung ſammeln könne, daß aber auch die Prüfung und Sichtung des Gefundenen Aufgabe des Proceſſes ſei. Endlich gelangt die Forderung zur Anerkennung, daß der Verdächtige, wenn er ſo lange, als es dem Unterſuchungsrichter irgend zweckmäßig ſchien, mehr Object als ſelbſtſtändiger Factor des Criminalproceſſes geweſen, doch zuletzt dadurch in die eigentliche Parteiſtellung gebracht werden ſolle, daß in bindender Weiſe der volle Inhalt der gegen ihn erhobenen Anſchuldigung dargelegt wird. Dieß iſt offenbar das Weſentliche an der württembergiſchen Hauptverhandlung.

Diejenigen Strafproceßordnungen, welche ſodann nach dem Vorgange der badiſchen ſich enge an franzöſiſche Formen anſchloſſen, gewährten jenen beiden Forderungen eine viel ſicherere und vollſtändigere Befriedigung durch die *Scheidung der Hauptverhandlung von der Vorunterſuchung*, und durch *das Verweiſungs-Erkenntniß* (Anklagebeſchluß), welches den Uebergang von dieſer zu jener bildet. Die Unterſuchung iſt unter dem Namen Vorunterſuchung in allen neueren Strafproceßordnungen eine *ungetheilte*; der Name Haupt- oder Specialunterſuchung iſt überall verſchwunden, wo eine mündliche Schlußverhandlung eingeführt wurde. Nur die öſterreichiſche Strafproceßordnung von 1853 macht hievon eine Ausnahme. Doch ſei es, ehe auf ſie ſelbſt eingegangen wird, geſtattet, die Schickſale der Specialunterſuchung in der älteren ſpeciell-öſterreichiſchen Geſetzgebung darzuſtellen.

II.

Die älteren öſterreichiſchen Rechtsquellen unterſcheiden offenbar noch nicht zwiſchen den Bedingungen der Eröffnung eines Criminalproceſſes gegen eine beſtimmte Perſon (Annahme derſelben zur Criminalunterſuchung und die Haft) und denen der Zulaſſung der Tortur. Doch ſoll es ſicher auch mit jener nicht leicht genommen werden, und die tiroliſche Malefizordnung (Landesordnung VIII. 6.) verlangt wenigſtens in Bezug auf eine angeſeſſene Perſon, daß nur eine ſolche gefänglich angenommen werde, „die einer ſolchen Sachen hoch verdacht, verargkwonet und verläumbdt iſt, doch daß die Verläumbdung nit auß Neyd oder Feindſchaft, noch von leichtvörtigen Leuten entſprungen ſeyn“; dann aber heißt es weiter darüber, „wie die Gefangenen gefragt werden ſollen“ (VIII. 8.): „So jemandts Verläumbter fänklich angenommen wirdt, So ſoll der Richter des Ennds die Maiſten vom Rat der Stadt oder die Geſchwornen des Gerichts ſeiner Verweſung zu ihm erfordern, denſelben lautter antzaigen, auf was verläumbdtung und Argkwon, Auch auß was urſachen die Perſon Fänklichen angenommen worden ſei, Und Sy darüber erkennen laſſen, Und was das merer iſt, dem ſoll Er volgen, Und nach demſelben Rat mit der gefangenen Perſon, Es ſey mit Frag oder im andern weg handeln und auſſerhalb ſolchs, durch ſein ſelbs aigen fürnemmen kain Perſon zichtigen noch fragen laſſen.“

In ganz ähnlicher Weiſe wie in dieſem Artikel iſt ja auch im Art. 6 der C. C. C. zunächſt nur von den Bedingungen der Tortur die Rede, daneben aber doch ausdrücklich hervorgehoben, daß die Obrigkeit ſich auf gemeinen Leumuth, oder andere glaubwürdige Anzeigung muß ſtützen können, ehe ſie dem Beſchuldigten „von Amts halben annimmt“ — ſo wie (Art. 11) auch der Ankläger, auch dann, wenn er die Anklage auf ſeine Gefahr („auf ſein Recht“) erhebt, oder ſich erbietet, das Gefängniß des Angeklagten zu theilen, der Obrigkeit „die Uebelthat und derſelben redlichen Argwohn und Verdacht zuvörderſt anſagen“ und alſo die Obrigkeit in den Stand ſetzen muß, ſie zu prüfen. Letzteres iſt ausdrücklich ausgeſprochen in dem dem Art. 11 der C. C. C. nachgebildeten Artikel der ſteiriſchen Lands- und peinlichen Gerichtsordnung von 1574 (I. 10): „Item wann ainer einen andern als Malefitziſch anklagt und

denſelben ſänklich anzunemen begert, ſoll das Landgericht zuvor die Urſachen und Indicia des Klagers aygentlich vernemen, unnd ſo Es die für gnugſam befindet, alßdann denſelben zu Fänknuß annemen." — Die Prüfung der Indicien und die Annahme auf Grund derſelben ſtand aber offenbar dem Richter als ſolchem zu; eines Schöffenſpruchs oder gar des Urtheils Rechtsverſtändiger bedurfte es nicht.

Indeß räumen gerade in dieſem erſten Stadium der Sache die Gmundner Landgerichtsartikel von 1514 und der auf denſelben ruhende bekannte Kreis von Landgerichtsordnungen dem Herrn des Beſchuldigten einen bedeutenden Einfluß dem Landgericht gegenüber ein. „Wenn ein Landrichter einen Thäter oder Verbrecher nicht an offenbarer, beweislicher That betreten, ſondern allein eine „gemain ungeferlich zibt reb oder verdacht" über ihn haben würde — ſo heißt es in den erwähnten Landgerichtsartikeln (bei Hye §§. 1 u. 2), ſo ſoll ein Landrichter denſelben Verdachten nicht alſo geſtracks annehmen, ſondern zuvor des Verdachten Herrn oder ſeinem Pfleger, Richter oder Amtmann glaubwürdige Indicien und Anzeigen fürbringen, daraus zu nehmen, daß die „zicht gegrund" ſei. Nur dann wird der Beſchuldigte ausgeliefert [27]). Die Reformation Ferdinands I. v. 1540 fügt die wichtige Modification bei, daß der Herr, wenn er die Indicien nicht ausreichend findet, den Beſchuldigten nur in eigener Verwahrung halten und die Entſcheidung der Niederöſterreichiſchen Regierung anheimſtellen könne — was dann dem Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung gegen die Einleitung der Unterſuchung der Wirkung nach gleichkommt. — Wir finden eine Verfügung desſelben Inhalts auch noch in der L. G. O. Ferdinands III. für Niederöſterreich (I. 5) und in der Leopolds I. für Oberöſterreich (II. 3.)

Hier geſchieht nun aber freilich der Eintheilung der Inquiſition in verſchiedenen Stadien ſchon ausdrückliche Erwähnung. Sie ſolle „nach Beſchaffenheit der Sachen entweder Summarie und Generaliter oder Specialiter geſchehen, Generaliter, da man insgemein auf ein fürgangene böſe That und deren Umbſtänd ohne Anzeig und Argwohn auf eine gewiſſe Perſohn nachforſcht: Als wann jemand in einem Landgericht umgebracht wird und man keinen Thäter weiß" u. ſ. w. [28]). „Die Special-Inquiſition wider ein oder mehrere verdächtige Perſonen geſchieht ſolcher Geſtalt, daß man erſtlich de corpore delicti, das iſt der

[27]) Vrgl. auch Steyriſche Halsgerichtsordnung I. 18.

beſchehenen wahren That, eigentlich verſichert ſeie. Anderten daß man wider einen oder mehr genugſambe Anzeigungen hat. Drittens, ſich der That gegen ihm verſehen mag. Viertens auf ſolche Anzeigungen diejenigen Perſohnen, ſo hierumben Wiſſenſchaft haben, befragt und vernehme [29]). „Demnach aber, wie gemelt, genugſambe Anzeigungen hiezu erfordert werden, damit nit etwa ein ſolich Unſchuldiger in ein Inquiſition gezogen, und hierdurch ſein Ehr angegriffen werde: Als haben Wir diejenigen Anzeigungen, welche Erſtlich zur Inquiſition Anderten zur Gefängnuß und dann drittens zur peynlichen Frag nicht allein insgemein, ſondern auch zu und bei jedweder Malefitzthat genugſam und erheblich ſeind, an ſeinem abſonderlichen Ort ausgeworfen" [30]).

Man ſieht aus Vorſtehendem deutlich genug, und durch Art. 32 I. Thl. Ferd. (Art. 25, II. Thl. Leop.) wird es zum Ueberfluß beſtätigt, daß das Verhör des Verdächtigen erſt im Laufe der Specialunterſuchung erfolgt.

Dagegen ordnet die Halsgerichtsordnung Joſeph I., nachdem ſie ſorgfältig vor leichtfertiger Eröffnung von Inquiſitionen gewarnt [31]), die gründliche Erhebung des Corpus delicti als „einer wahren Grundveſte der Inquiſition" vorgeſchrieben [32]) und die Bedingungen vorgezeichnet hat, unter welchen „das Gericht mit gutem Fug und Recht zur Specialinquiſition, auch wohl zur gefänglichen Verhaftung ſchreiten kann" [33]) an, daß den Berüchtigten, unmittelbar nach ſeiner Ergreifung und Durchſuchung „die von dem Gericht darzu deputirten Commiſſarien mit dem geſchwornen Schreiber ſummariſcher Weiſe examiniren, etwelche Fragſtücke aus der zur Zeit darvon habenden Wiſſenſchaft und Umſtänden abfaſſen und den Inquiſiten nur generaliter: wie? wo? mit wem? mit was? warum? und wann er die That begangen habe? befragen, denſelben auch, ſo es ſein kann, alſogleich mit denen bei der Hand habenden Zeugen confrontiren" ſollen [34]). Erſt nach dieſem ſummariſchen Verhör folgt das „weitere und ſpeciale über alle vorhan-

---

[29]) H. G. O. Ferd. III, Thl. I., Art. 22 §. 2; Leop. I.; Thl. II. Art. 15, §. 2.
[30]) a. a. O. §. 3.
[30]) a. a. O. §. 6.
[31]) Art. III. §. 5.
[32]) Art. V. 5. 1.
[33]) Art. III. §. 13.
[34]) Art. IV. §. 8.

denen Anzeigungen und Umſtände, eingerichtete Examen [35]). Dieſes findet ſtatt auf Grund von vorbereiteten Artikeln, welche nur den Inquiſiten beſchwerende Umſtände oder ſolche, die zur „Bekanntnuß gebracht werden“ können, umfaſſen. Uebrigens ſei noch bemerkt, daß die Zeugen in der Generalinquiſition in der Regel nicht beeidigt werden [36]).

In der Thereſiana iſt die Eintheilung in General- und Specialinquiſition ausführlich, größtentheils mit den Worten der Joſephina übereinſtimmend, dargelegt [37]) und nur bemerkt, daß es keiner Generalinquiſition bedürfe, wenn von der That gleich anfangs genügliche Nachricht vorhanden iſt [38]). Zur Einleitung der Specialinquiſition bedarf es „gegründeter Anzeigungen wider eine gewiſſe Perſon als vermuthlichen Thäter“ [39]). Aber auch bei Einleitung der Specialunterſuchung iſt nicht immer ſogleich zur Verhaftung zu ſchreiten [40]). Dennoch iſt von dem ſummariſchen Verhör (ganz im Sinn der Joſephina) nur in dem Artikel die Rede, welcher von dem handelt, „was nach der Verhaftung zu thun.“ (30. Art.)

Schon auf Grund des ſummariſchen Verhöres kann zur Verurtheilung des (geſtändigen oder unzweifelhaft überwieſenen) Inquiſiten geſchritten werden; nur wenn der Inquiſit, ohne „alſobald überwieſen“ zu ſein, beim Läugnen beharrt oder „bei der Verhörsbeſtätigung“ ſein Geſtändniß widerruft, oder einen weiteren Vertheidigungs- oder Entſchuldigungsbeweis darbietet, wird mit der Inquiſition fortgefahren; auch das jedoch nur, wenn nicht bei geringfügigen Verbrechen eine langwierige Unterſuchung zu gewärtigen ſteht, weil ſonſt „juſtizmäßiger iſt, daß der verdächtige Thäter nach Wahrſcheinlichkeit der Vermuthungen mit einer willkürlichen Strafe belegt werde, als daß er durch eine langwierig fortſetzende Unterſuchung noch länger in dem Ungemach des Arreſtes ſchmachten ſollte.“

Der Unterſchied zwiſchen dem ſummariſchen und ordentlichen Verhör iſt im 31. Artikel ausführlich dargeſtellt. Er kommt darauf hinaus, daß im ſummariſchen Verhör die Fragen des Richters nicht aufgeſchrieben zu werden brauchen; für das ordentliche Verhör dagegen hat ſich

[35]) Art. VI.
[36]) Art. III. §. 12; VIII. §. 1.
[37]) Art. 25.
[38]) a. a. O. §. 10.
[39]) Art. 25 §. 11; Art. 27 §. 1.
[40]) Art. 29 §§. 1 ff.

der Richter durch Berücksichtigung der Acten, und Ergänzung der Erhebungen gehörig vorzubereiten; „sodann die zur Sache dienlichen Fragestücke schriftlich und punktenweis in fortlaufender Zifferzahl zu verfassen, anbei dieselbe mit guter Ordnung und so zu sagen kettenweis, und so viel thunlich, dergestalt einzurichten, daß gleichsam ein Fragstück aus dem andern abfließen und die Fragen immer stärker und zu Ueberzeugung des Inquisitors eindringlicher werden, damit derselbe andurch, wenn er sich solchergestalten in die Enge gebracht und überwunden sieht, desto wirksamer zur Bekanntniß der Wahrheit bewogen werden möge."

In der allgemeinen Criminalgerichtsordnung von 1788 sind die Formen, welche im gemeinen Criminalproceß noch immer vielfach an ältere Zeiten erinnern, fast durchwegs verwischt; das Inquisitionsprincip beherrscht diesen Proceß so vollständig, daß kaum mehr daran zu denken ist, daß der Inquirent bei seinem schweren Geschäfte an Formen sich binden solle. Eine Eintheilung der Untersuchung aus *inneren* Gründen, eine Unterscheidung zweier Stadien des Processes, von denen das eine der formlosen Nachforschung, das andere der feierlichen Erörterung des Gefundenen gewidmet wäre, ist da nicht zu erwarten. Nur der Umstand, daß die Obrigkeit, „diejenige Behörde, der in dem Bezirke, nach Verfassung eines jeden Landes, die obrigkeitliche Aufsicht über Zucht, Ordnung und Sicherheit anvertraut ist," — eine vom Criminalgericht ganz verschiedene Stellung einnimmt, bringt eine Unterscheidung hervor. Jener Behörde kommen die ersten Erhebungen, somit die Pflicht zu, „auf Entdeckung der Criminalverbrechen und Criminalverbrecher" stets wachsam zu sein (§. 9). Mit dem Recht und der Pflicht, diese polizeilichen Erhebungen vorzunehmen, ist das Recht zu Hausfuchungen, zur Beschlagnahme von Sachen, zur Einziehung jeder Person, deren „Anhaltung ihr aus zureichenden Inzichten nothwendig scheint" (§. 18) verbunden. Sie hat aber auch, wenn sie ein Verbrechen entdeckt hat, die „eigentliche Beschaffenheit der That zu erheben" und die Spuren zu verfolgen, welche zur Entdeckung des Criminalverbrechens führen können. Sie hat ferner, wenn ihr „Jemand als ein Criminalverbrecher gestellt wird," sogleich zum *summarischen* Verhör zu schreiten (§. 38), in welchem jedoch „in die Beschaffenheit der auf die vorgelegten Fragen erfolgten Antwort nicht weiters einzugehen ist" (§. 43). Dieses Verhör, so wie das ganze gleichzeitige Verfahren, hat lediglich den Zweck, die Obrigkeit in den Stand zu setzen, zu beurtheilen, ob Anlaß vorhanden

sei, den Beschuldigten an das Criminalgericht abzuliefern. Wenn nämlich „der Verhörte entweder eines Criminalverbrechens geständig ist, oder wider ihn zureichende Inzichten auffallen, die entweder für sich selbst redend und überzeugend oder, da er widersprach, bewiesen worden sind, ist er von der Obrigkeit binnen 24 Stunden an das Criminalgericht abzuliefern, selbst wenn gleich Alles, was, um die Beschaffenheit der That zu erheben, angeordnet ist, noch nicht vollendet wäre" (§. 51); jedoch wird vor der Ablieferung, sobald diese beschlossen ist, der Beschuldigte noch den Personen vorgestellt, welche seine Identität zu bestätigen oder ihn sonst anzuerkennen haben (§. 53).

Der Criminalrichter, an welchen auf diese Weise der Beschuldigte abgeliefert wird, hat sich davon zu überzeugen, ob „sich ein zu des Criminalgerichts Amtshandlung unmittelbar geeignetes Verbrechen zeige," und sodann die Untersuchung entweder selbst auf sich zu nehmen oder sie einem der Beisitzer zuzutheilen (§§. 78—80). Collegialberathung über den Punkt ist also nicht vorgeschrieben; dem Commissär, „welcher die Untersuchung zu führen hat," ist aber freigestellt, über die erste Einleitung mit dem Criminalrichter allein oder allenfalls auch mit der gesammten Gerichtsstelle zu Rathe zu gehen.

Unter den Zwecken des so erst eröffneten Untersuchungsverfahrens (es führt erst das sechste Capitel die Aufschrift: „Von dem Criminalverfahren überhaupt," — nur von der Thätigkeit des Criminalgerichtes wird das Wort „Untersuchung" gebraucht; nur dem dort Verhörten der Name „Untersuchter" gegeben) steht wieder obenan: „die wahre Beschaffenheit der That zu erheben," worunter aber auch die Sammlung der Belastungs- und Entlastungsbeweise jeder Art gemeint ist. Längstens drei Tage nach der Einlieferung muß zu dem „Verhör des Gestellten" geschritten werden, welches jedoch, wenn das summarische Verhör alles auf das vorliegende Verbrechen Bezügliche erschöpft hat, und wenn weder anderen Verbrechen noch Mitschuldigen nachzuforschen ist, nur darin besteht, daß das von der politischen Obrigkeit eingesendete Protokoll zur Bestätigung vorgelesen wird. In allen anderen Fällen ist das Verhör ein „ordentliches," welches auf Grund vorbereiteter Fragestücke, wenn auch nicht mit Beschränkung auf diese vorgenommen wird. Außer diesem Verhör ist nur noch das Schlußverhör erwähnt, auf welches sich der Beschuldigte drei Tage vorbereiten kann.

Uebersieht man diese Bestimmungen, so zeigt sich Folgendes: Die

erſten Erhebungen ſind polizeilicher Natur und haben den doppelten Zweck: 1. dasjenige zu thun, was ſogleich geſchehen muß, wenn die Spuren des Verbrechens oder Verbrechers nicht verloren gehen ſollen, und 2. dafür zu ſorgen, daß die Thätigkeit des Criminalgerichtes nicht ohne hinlänglichen Grund gegen ein beſtimmtes Individuum gerichtet werde. Dazu kommt dann noch die natürliche Rückſicht, daß Alles, was ſpäter denn doch aus der Ferne her veranlaßt werden müßte, wo möglich ſogleich geſchehe. Dieſe Rückſicht iſt aber eine untergeordnete; Vollſtändigkeit iſt der politiſchen Behörde nicht zur Pflicht gemacht, kaum iſt ihr die Zeit dazu gelaſſen, und beſonders charakteriſtiſch iſt, daß der Verdächtige, welcher die Antwort weigert, *mit der unverzüglichen Ablieferung an das Criminalgericht* bedroht wird (§. 41).

Ein weſentlicher Unterſchied zwiſchen den beiden Stadien des Verfahrens beſteht nicht; keines von beiden iſt völlig unerläßlicher Beſtandtheil einer giltigen Procedur; jeder einzelne Proceduract kann mit derſelben Wirkung in dem einen wie in dem anderen ſtattfinden; nur das Geſtändniß des Beſchuldigten bedarf der *Beſtätigung* vor dem Criminalgericht. Das Geſetz knüpft an den Uebergang aus dem einen in das andere Stadium des Proceſſes keine rechtlichen Folgen; allein es weiß, daß die factiſchen, die ſich nicht vermeiden laſſen, doppelt empfindlich ſind, und aus dieſem Grund iſt der Uebergang einerſeits ein nicht ſowohl durch Formen als durch Thatſachen bezeichneter, andererſeits ein an das Zuſammenwirken *zweier* Factoren gebundener. Kein förmlicher Ablieferungsbeſchluß auf Seite der politiſchen Obrigkeit, kein Einleitungsbeſchluß des Criminalgerichtes iſt vorgeſchrieben: allein *beide* müſſen das Vorhandenſein der Bedingungen der Führung einer Unterſuchung conſtatirt haben, wenn letztere ſtattfinden ſoll. Ja, aus einer Bemerkung Zeiller's[41]) würde hervorgehen, daß nach der Praxis der Criminalgerichtsordnung von 1788 die politiſche Behörde die Acten „der Vorunterſuchung“ dem Criminalgerichte überſenden und die Entſcheidung, ob der Unterſuchte an das Criminalgericht abzuliefern ſei, abzuwarten hatte — was freilich im Geſetz ſelbſt nur bezüglich der Verbrechen von politiſcher Natur angeordnet und mit §. 56 ſogar in Widerſpruch zu ſtehen ſcheint. (Es heißt da: „Mit der Einlieferung des Beſchuldigten an das Criminalgericht ſind auch die Protocolle einzuſenden.“)

[41]) Jährlicher Beitrag u. ſ. w. II. S. 19.

Vergleicht man mit dem Geſetz von 1788 das von 1803, ſo zeigt ſchon die flüchtige Ueberſchau des Inhaltes, ſchon die Ueberſchrift der Capitel, daß die Gliederung des Proceſſes hier ſchärfer in's Auge gefaßt werden ſollte. Das zweite Hauptſtück iſt nämlich der „Erforſchung des Verbrechens und Erhebung der That“ gewidmet. Das dritte handelt von „Erforſchung und rechtlichen Beſchuldigung eines begangenen Verbrechens“; von der Verhaftung und ſummariſchen „Abhörung des Beſchuldigten“ iſt erſt im darauffolgenden vierten Hauptſtück die Rede. „Nach dem ſummariſchen Verhör“ (ſo reſumirt Zeiller a.a.O.S.16), „wofern dadurch der Zweck des rechtlichen Verfahrens nicht vollſtändig erreicht wird, treten die allgemeinen Vorſchriften des ordentlichen Unterſuchungsverfahrens ein (6. Hauptſtück); es folgt das umſtändlichere ordentliche Verhör des Beſchuldigten (7. Hauptſtück), die Abhörung der Zeugen (8. Hauptſtück) und die Gegenſtellung des Beſchuldigten und der Zeugen, (9. Hauptſtück).“ — Es iſt alſo jetzt eine ſummariſche Unterſuchung als Mittelglied zwiſchen die Erhebung des Thatbeſtandes und das ordentliche Unterſuchungsverfahren geſtellt; während dieſes ſummariſchen Verfahrens aber iſt der Verdächtige ſchon Beſchuldigter, denn er wird ja „zur Verantwortung gezogen“ und verhaftet und das kann nur geſchehen, wenn „rechtliche Anzeigung vorhanden iſt, worauf die Beſchuldigung (wie Egger paragraphirt: das vorläufige Urtheil, daß er ein Verbrecher ſei) gegründet wird“ (§. 258), — wenn er „aus rechtmäßigen Anzeigungen eines Verbrechens beſchuldigt worden iſt“ (§. 281). Die Prüfung der rechtlichen Beſchuldigung alſo, welche nach dem Geſetz von 1788 offenbar nach dem ſummariſchen Verhör und unmittelbar vor der Ablieferung an das Criminalgericht, ſo wie nach der letzteren und vor dem Beginn der ordentlichen Unterſuchung erfolgen ſoll: ſcheint hier zurückverſetzt vor jenes Verhör und jedenfalls weiſen die §§. 271 und 273 deutlich darauf hin, daß ſorgfältige Erhebungen (ſelbſt von Entlaſtungsbeweiſen) ihr vorausgehen müſſen. Eine Form, in welcher das dem Verdächtigten günſtige Reſultat ſolcher Nachforſchungen conſtatirt würde, iſt ſo wenig bezeichnet (§. 273 ſagt: ſoll von jeder weiteren Unterſuchung gegen ihn abgelaſſen werden), als eine, durch welche das Vorhandenſein rechtlicher Beſchuldigung geradezu ausgeſprochen oder der Uebergang des ſummariſchen Verfahrens in das ordentliche ausdrücklich bemerkbar gemacht würde. In letzterem iſt auch das ordentliche Verhör nur

mehr durch den Inhalt, nicht durch die Form von dem summarischen unterschieden. Nicht einmal zur Fällung eines Urtheils ist die ordentliche Untersuchung unerläßlich; denn wenn das summarische Verhör das gesammte Material erschöpft hat, sei es durch Darthuung der Schuldlosigkeit, sei es durch ein ausreichendes Geständniß (§. 349), dann wird in jenem Fall sogleich zum Urtheil, in diesem zu den auch „beim Abschluß des ordentlichen Verhörs" üblichen Formalitäten, denen dann das Urtheil folgt, geschritten.

Fehlen so alle unmittelbaren Anhaltspunkte für die Unterscheidung des ordentlichen Verfahrens von der Voruntersuchung, so fällt überdies, wenigstens nach der Absicht des Gesetzes das entschiedenste äußere Merkmal hinweg, welches die Josephinische Criminalgerichtsordnung geboten hatte. Ueber die Einrichtung, vermöge deren die Voruntersuchung von der politischen Obrigkeit geführt wurde, bemerkt Zeiller: „Jeder Sachverständige weiß, wie sehr der sichere Erfolg eines wichtigeren, ausgebreiteteren Geschäftes von der ersten Einleitung abhänge; die Vermuthung des vorsichtigeren Benehmens aber streitet für den durch stete Uebung, die Zwecke und Mittel schneller auffassenden Blick des Criminalrichters. Darum mußte auch nach der vorigen C. O. die politische Behörde die Acten der Voruntersuchung dem Criminalgerichte übersenden und die Entscheidung, ob der Untersuchte an das Criminalgericht abzuliefern sei, abwarten, wodurch die Sache noch mehr verzögert wird. In den selteneren Fällen der weiteren Entlegenheit des Criminalgerichtes gestattet auch die neue Criminalgerichtsordnung die Ausnahme, daß die Voruntersuchung von der näheren politischen Obrigkeit vorgenommen werde (§§. 236, 282 und 301). Die Unbescholtenheit des Bürgers aber soll durch keine Untersuchung, sondern nur durch die Verurtheilung verwirket werden, und man unterhält das entgegengesetzte Vorurtheil nur noch mehr, wenn man bei den ohnehin so schwer zu bezeichnenden Grenzen, wichtigere Folgen mit der ordentlichen als mit der Voruntersuchung verknüpfet."

Man sieht aus all' dem, daß eine sehr beträchtliche Abweichung von dem bisher Ueblichen beabsichtigt war, die sich namentlich darin äußern sollte, daß der Einfluß der politischen Obrigkeit auf die ersten Acte des Criminalprocesses möglichst verengert, dagegen der nunmehr beim Criminalgerichte concentrirte Proceß in möglichst wenig hervor-

tretenden Uebergängen dem Augenblick der Urtheilsfällung näher gebracht werden ſollte. Beide Rückſichten entſprechen vollkommen der Richtung, welche, wie früher gezeigt wurde, ſchon vor 1803 die *Theorie* des deutſchen Inquiſitionsproceſſes genommen hatte.

Merkwürdig iſt es nun aber zu ſehen, wie ſich dieſer neuen Theorie gegenüber die von den Traditionen des älteren Proceſſes und von den unmittelbaren Anforderungen des Lebens beherrſchte Praxis verhält, welche mit ſolcher Unwiderſtehlichkeit das, was ihr maßgebend ſchien, zur Geltung brachte, daß die Geſetzgebung ſelbſt nicht umhin konnte, ihr zu folgen.

Der urſprüngliche Ideengang des Geſetzes ſpricht ſich in dem Verhältniß des §. 258 zu §. 281 ff. deutlich genug aus. „Niemand kann um eines Verbrechens willen zur Verantwortung gezogen werden; es ſei denn rechtliche Anzeigung vorhanden, worauf die Beſchuldigung gegründet wird“ (§. 258). „Wer in dem Verbrechen betreten oder aus rechtmäßigen Anzeigungen eines Verbrechens beſchuldiget worden iſt, ſoll in der Regel in Criminalverhaft genommen werden“ (§. 281). „Sobald der Beſchuldigte entweder von dem Criminalgerichte ſelbſt verhaftet oder demſelben geſtellet worden, hat dasſelbe a) den Anlaß der Verhaftung mit Beziehung auf die Anzeigungen, welche zum Grunde liegen . . aufzunehmen . . “ (§. 285). „Unmittelbar hierauf und ohne allen Aufſchub iſt der Verhaftete *ſummariſch* abzuhören.“ — Der normale Fall iſt alſo der, wo das Criminalgericht von vornherein ſich mit der Sache befaßt, den Thatbeſtand erhoben, die rechtliche Beſchuldigung erforſcht hat, und nun auf Grund dieſer Acte dazu ſchreitet, den Verdächtigen zur Verantwortung zu ziehen, was durch die Captur eingeleitet, durch das nachfolgende ſummariſche Verhör aber wirklich bewerkſtelligt wird. Wer innerhalb des Criminalgerichtes dieſen Beſchluß faſſen müſſe oder könne, darüber ſchweigt das Geſetz; und als Ausnahme im Sinne des Geſetzes erſcheint der Fall, wo der Verdächtige von der politiſchen Obrigkeit eingeliefert wird. Dieſe Einlieferung erfolgt *ſogleich* und ihr muß ebenfalls *ſogleich* das ſummariſche Verhör folgen.

Was nun den *erſten* Punkt betrifft, ſo ſcheint überall, wo das Unterſuchungsgericht collegial organiſirt war, in der Praxis daran feſtgehalten worden zu ſein, daß die Frage, ob eine Criminalunterſuchung zu führen ſei, nur durch einen *Beſchluß des Collegiums*

beantwortet werden könne. Dieſe Praxis fand ihre definitive Sanctionirung in dem Hofdecret vom 9. Februar 1822, Nr. 1836 der J. G. S. (Maucher'ſche Sammlung Nr. 1257), wodurch angeordnet wird, daß die Entſcheidung darüber, „ob eine Criminalunterſuchung einzuleiten, davon abzulaſſen, dieſelbe wieder aufzunehmen ſei; ob zum ordentlichen Verhöre zu ſchreiten, ob der Angeſchuldigte zu verhaften oder während der Unterſuchung in Freiheit zu laſſen ſei," in Senaten von einem Vorſitzenden und 4, beziehungsweiſe 2 Räthen erfolgen müſſe. — Was bedeutet nun aber der Ausdruck: „ob eine Criminalunterſuchung einzuleiten ſei?" Bezieht er ſich ſogleich auf die erſten Erhebungen oder auf die Heranziehung des Inquiſiten zur Verantwortung oder endlich nur auf die ordentliche Unterſuchung? Der Text ſelbſt, welcher die letztere Auslegung geradezu ausſchließt, ſpricht wohl für die erſte Anſicht, welche auch mit der in der galiziſchen Criminalgerichtsinſtruction von 1808 vorgeſchriebenen Verfahrungsweiſe im Allgemeinen übereinſtimmt (vergl. auch d. Hfd. v. 22. März 1823, Nr. 1929 J. G. S., Maucher Nr. 1258). Indeß ſehen wir aus einem Decret des nied.-öſterr. Appellationsgerichtes v. 14. April 1819 (Maucher Nr. 1073), daß in der Praxis die „Einleitung des eigentlichen Criminalverfahrens" für gleichbedeutend genommen wurde mit: „Beſtimmung, daß aus dem erhobenen Thatbeſtande und der vorgenommenen Erforſchung des Verbrechens im Laufe der Vorunterſuchung ſolche Anzeigungen gegen eine Perſon erhoben vorliegen, welche zu einer rechtlichen Beſchuldigung derſelben in der Art zureichen, daß ſie hierüber zur Verantwortung gezogen werden muß." — Der Beſchluß zur Einleitung des „eigentlichen Unterſuchungsverfahrens" fällt alſo an den Schluß der Vorunterſuchung und vor das ſummariſche Verhör und präjudicirt weder dem Beſchluß auf Vornahme des ordentlichen Verhörs noch dem über Zuläſſigkeit der Captur. Dagegen ſind die beiden letzteren abhängig von dem Vorausgehen jenes Beſchluſſes, der übrigens der Zeit nach mit der Verhängung der Captur auch zuſammenfallen kann. — Andrerſeits finden wir im Hofdecret vom 19. September 1826, Nr. 2220 d. J. G. S. (Maucher Nr. 1039) für die tiroliſchen Landgerichte beſondere Formalitäten nur vorgeſchrieben für die Beſchlußfaſſung darüber, „ob die ordentliche Unterſuchung einzuleiten, der Beſchuldigte zu verhaften oder auf freiem Fuße zu belaſſen ſei oder nicht," womit auch dasjenige übereinſtimmt, was bezüglich der Geſchäftsvertheilung für die oberöſterreichiſchen und ſalz-

burgiſchen Pfleggerichte (Hofdecrete v. 4. Juli 1818, Nr. 1471 der J. G. S. und v. 30. Nov 1819, Nr. 1630 J. G. S., Maucher Nr. 608 und 611), dann für Steiermark (Hofd. v. 6. Mai 1831, Nr. 2515 d. J. G. S., Maucher Nr. 613) vorgeſchrieben iſt.

Jedenfalls geht aus dem bisher Dargeſtellten hervor, daß das Criminalgericht nur denjenigen verhaften konnte, bezüglich deſſen durch Beſchluß des Collegiums anerkannt war, daß gegen ihn rechtliche Anzeigungen eines Verbrechens vorliegen (§§. 258 und 281 St. G. — Decret des n.-ö. Appellationsgerichtes vom 24. Oct. 1828, Maucher Nr. 1060[42]). Anders ſcheint es aber dann zu ſtehen, wenn eine politiſche Obrigkeit eine Perſon, bezüglich deren ſie rechtliche Anzeigungen als vorhanden anſieht, an das Criminalgericht einliefert. Die politiſche Obrigkeit iſt in der Regel weder berechtigt, noch verpflichtet, Thatbeſtandserhebungen oder ein ſummariſches Verhör vorzunehmen; ohne „eine Erinnerung des Criminalgerichtes abzuwarten," hat ſie den Anzeigungen nachzuforſchen und die Verhandlung dem Criminalgerichte mitzutheilen (§. 277), den Beſchuldigten in Verwahrung zu nehmen und ihn „mit Allem, was in Beziehung auf ihn vorgekommen und verhandelt worden, ſogleich dem Criminalgerichte abzuliefern" (§. 183). Der Ablieferung folgt dort ſogleich das ſummariſche Verhör, während deſſen aber der Eingelieferte als verhaftet betrachtet wird. Es ſcheint alſo, daß in einem ſolchen Falle der Gerichtsbeſchluß darüber, ob die Criminalunterſuchung gegen das fragliche Individuum zu führen und ob dasſelbe während derſelben in Haft zu belaſſen ſei, erſt nach dem ſummariſchen Verhör hätte erfolgen können. — Dieſer Zuſtand kommt ſchon dem durch die Criminalgerichtsordnung von 1787 begründeten beträchtlich näher. Die Praxis aber, indem ſie ſich bemühte, unnöthige Einlieferungen von Inquiſiten an das Criminalgericht und Ueberbürdungen des Criminalfonds zu vermeiden, ging noch weiter: So verbot das böhmiſche Appellationsgericht (9. Febr. 1826, Maucher Nr. 1061), die Eingelieferten in die Criminalverwahrung zu nehmen, bis ſie nicht von dem Criminalgerichte eines Verbrechens rechtlich beanzeigt und zum

[42]) Bei den mit der Criminalunterſuchung betrauten tiroliſchen Landgerichten, welche keine collegiale, ſondern eine bureaukratiſche Verfaſſung hatten, findet ſich ſchon damals für dieſen Beſchluß dieſelbe Einrichtung, welche jetzt in der St. P. O. v. 1853 für die Faſſung des Beſchluſſes auf Einleitung der Specialunterſuchung den zur Unterſuchung berufenen Bezirksgerichten auferlegt iſt (Hofdecret v. 19. September 1826, Nr 2220 J. G. S. Maucher Nr. 1039).

Criminalgerichte geeignet befunden werden. Es mußten also die an den Sitz des Criminalgerichts Gebrachten bis zu erfolgtem Sitzungsbeschluß in den politischen Verhaft gegeben werden. — In einer böhmischen Gubernialverordnung vom 30. April 1828 (Maucher Nr. 1062) wird es als eine Unzukömmlichkeit, welche sich viele Polizei- und politische Unterbehörden zu Schulden kommen lassen, bezeichnet, „daß sie oft Individuen verhaften, welche eines Verbrechens blos verdächtig sind, daß diese Verdächtigen gewöhnlich an das Criminalgericht sogleich eingeliefert werden, obgleich bei solchen Eingelieferten sehr häufig noch gar nicht der Thatbestand eines Verbrechens, noch weniger aber eine rechtliche Beanzeigung sicher gestellt ist, ohne daß die Anfrage bei dem Criminalgerichte gemacht wird, ob die Verhafteten eines Verbrechens rechtlich beanzeigt und zur criminalgerichtlichen Untersuchung geeignet sind," was zur Folge habe, daß die Criminalgerichte die Eingelieferten in den politischen Verhaft bis zu erfolgter Sicherstellung der Beanzeigung übergeben.

Offenbar drängte also die Praxis in diesen Fällen, welche doch eigentlich immer die Regel bilden, dahin, daß die Polizei oder die politische Behörde den Thatbestand und die ersten Anzeigungen erhob, den Beschuldigten summarisch verhörte und daß dann auf Grund dieser Erhebungen das Criminalgericht den Collegialbeschluß faßte: „der Verdächtige sei des Verbrechens rechtlich beanzeigt, zur Criminalunterfuchung geeignet und in den Criminalverhaft abzugeben." Damit war dann wohl auch meist stillschweigend der Beschluß, die ordentliche Untersuchung einzuleiten, ausgesprochen. Und wenn man annimmt, daß man in den verhältnißmäßig ohnehin minder zahlreichen Fällen, in welchen das Criminalgericht auch schon die ersten Erhebungen selbst pflegte, sich diesem Verfahren möglichst näherte, so dürfte der eigentliche Inhalt des Beschlusses, den man gewöhnlich als Qualificationsbeschluß bezeichnete, festgestellt sein. Seinem materiellen Inhalte nach enthält er jedenfalls den Ausspruch, daß eine Handlung vorliege, welche als dieses bestimmte Verbrechen anzusehen sei und daß dieses Verbrechens diese bestimmte Person rechtlich beinzichtigt sei [43]). Gegen diesen Beschluß

[43]) Zeugnisse dieser Praxis finden sich gelegentlich in den Berichten über einzelne Criminalrechtsfälle aus jener Zeit (z. B. Zeitschr. für österr. Rechtsg. 1839 I. 290; 1847 II. 426; 514 und anz. and.) — Vrgl. übrigens die Bemerkungen Kitka's (Erhebung des Thatbestandes S. 99 ff., 288 ff.) und von Hye-Glunek Leitende Grundsätze S. 162 Anm.

ſtand dem Beſchuldigten die Beſchwerde an das Obergericht frei. (Hofd. vom 10. Februar 1827 Nr. 2258 J. G. S. Maucher Nr. 1038), welches übrigens voreilige Ablehnungen einer Unterſuchung überwachte, und das Criminalgericht zwingen konnte, den betreffenden Beſchluß wieder aufzuheben (Hofd. v. 25. Mai 1827 Nr. 2279 J. G. S. Maucher Nr. 925).

III.

Um die Stellung, welche der Specialunterſuchung in der Strafproceßordnung von 1853 eingeräumt iſt, richtig zu würdigen, muß man die Gliederung des durch dieſelbe geordneten Proceſſes überhaupt in's Auge faſſen. Jenes Geſetz gehört in die große Gruppe derjenigen, welche die Transaction zwiſchen der Inquiſitions- und der Anklageform nach franzöſiſchem Vorgange eingeführt haben. Gleich allen dieſen Geſetzen theilt auch die öſterreichiſche Strafproceßordnung von 1853 den Criminalproceß in zwei ſcharf von einander geſonderte Stadien, deren erſtes weſentlich unter jene Grundregeln fällt, welche den gemeinrechtlichen Inquiſitionsproceß und deſſen Formen beherrſchten, während das ſpätere, dem letzteren fremd, wenigſtens den äußeren Formen des altrömiſchen, altdeutſchen und engliſch-ſchottiſch-amerikaniſchen Anklageproceſſes unterworfen iſt. Das Verfahren, welches den Uebergang aus dem erſten dieſer Proceßſtadien in das letztere vermittelt, kann dann als ein dritter Hauptbeſtandtheil angeſehen werden. Unterſuchung (Information) — Anklageſtandverſetzung — Verhandlung (Débats, Trial) bilden alſo auch in Oeſterreich die Hauptbeſtandtheile des Proceſſes. Wie dort gilt auch in Oeſterreich die Regel, daß Niemand verurtheilt werden kann, der nicht in mündlich-öffentlicher, nach accuſatoriſchen Formen geführter Verhandlung vor ſeinen Richtern geſtanden hat, und daß dieſe Richter nur auf Grund deſſen urtheilen dürfen, was ihnen in dieſer Verhandlung vorgeführt worden iſt, während andrerſeits ſich nicht verkennen läßt, das überall das Schickſal des Proceſſes weſentlich von dem abhängen muß, was in dem ſchriftlichen, inquiſitoriſchen Vorverfahren geſchehen iſt. — Allein, wenn man nicht beſtreiten will, daß der eigentlich entſcheidende Act jedes Proceſſes das Endurtheil der erſten Inſtanz iſt, und daß als „der Richter" vorzugsweiſe derjenige anzuſehen iſt, welcher dieſes Urtheil fällt; ſo darf man denen nicht beiſtimmen, welche der Meinung ſind, die öſterreichiſche

Strafproceßordnung von 1853 unterſcheide ſich von jenen anderen Geſetzen dadurch, daß ſie den Schwerpunkt des Verfahrens *nicht* in die Schlußverhandlung verlegt, aus letzterer eine bloße Wiederholung der ſchon früher vollbrachten gemacht hat. Wie ſollte das möglich ſein, da doch die in erſter Inſtanz erkennenden Richter die Acten des ſchriftlichen Vorverfahrens weder ſelbſt leſen, noch ſich daraus einen Vortrag erſtatten laſſen, und wenn ſie von deren Inhalt Kenntniß erlangen, ihn doch nur ſo weit berückſichtigen dürfen, als die Schlußverhandlung ſelbſt ſie damit bekannt gemacht hat?

Ueberall, wo jene Proceßeintheilung beſteht, wird das Vorverfahren — der Sammlung der Materialien für die künftige Entſcheidung gewidmet — möglichſte Vollſtändigkeit anſtreben müſſen, ohne daß darum weniger der letzte Act des Proceſſes, in welchem vor anderen Augen, von anderen Händen jene Materialien nach einem ganz andern Princip geordnet und allſeitiger Prüfung unterworfen werden ſollen, aufhörte, ſich zu jenem zu verhalten, wie die Vollendung zur Vorbereitung, wie die Entſcheidung zur Prüfung, wie der Zweck zum Mittel. Durch einzelne Worte, durch Abweichungen der Benennung darf man ſich freilich eben ſo wenig beſtimmen laſſen, als durch die allerdings nicht überall ungegründete Beſorgniß, daß dergleichen bequem gebraucht werden kann, um dahinter verſchanzt, die großen Grundpfeiler des Proceßgebäudes zu unterwühlen. — Eine ſolche Beſorgniß übt offenbar zu großen Einfluß auf *Rulf*, wenn ſie ihn beſtimmt, unverkennbar gegen ſeine eigenen Wünſche, die entgegengeſetzte Auffaſſung als die richtige zu erklären. Es waren dabei für ihn die Namensveränderungen maßgebend, welche ſich bei Vergleichung der beiden Strafproceßordnungen von 1850 und von 1853 zeigen, und gewiß muß es auf den erſten Blick als eine Beſtärkung ſeiner Anſicht erſcheinen, wenn man 1850 die Ausdrücke *Vorunterſuchung* und *Hauptverhandlung*, dagegen 1853 die Worte: *Unterſuchung* und *Schlußverhandlung* gebraucht ſieht. Allein, was bedeutet dieſer Wechſel in den Ausdrücken (der allerdings wohl beſſer vermieden worden wäre, da er die Praxis irre führen kann und zu häufigen Verwechslungen noch immer Anlaß gibt), gegenüber der völlig gleichartigen Structur des Proceſſes in erſter Inſtanz und gegenüber dem im §. 259 St.P.O. v. 1853 ausgeſprochenen Princip, vermöge deſſen dem Urtheil nur ſolche Beweismittel zu Grunde gelegt werden dürfen, *von welchen in der Schlußverhandlung* Ge-

brauch gemacht worden ist? Sind nicht Zweck und Aufgabe des Vorbereitungsverfahrens nach beiden Gesetzen dieselben? Besteht wirklich zwischen der Aufgabe der Voruntersuchung von 1850 und der der Untersuchung von 1853 ein Unterschied? Wenn es im §. 87 der St.P.O. von 1850 heißt: die Voruntersuchung habe den Zweck, „den Thatbestand zu erheben, den Thäter zu ermitteln, die zur Ueberführung oder Vertheidigung des Angeschuldigten dienenden Beweismittel zu erforschen" — im §. 60 des Ges. v. 1853 dagegen dem Untersuchungsverfahren der Zweck zugewiesen wird, „den Thatbestand zu erheben, den Thäter, die Mitschuldigen und Theilnehmer zu erforschen, die Verdachtsgründe und Beweise über die Schuld einerseits und die Mittel zur Rechtfertigung des Beschuldigten andrerseits zu sammeln;" so kann ich einen begrifflichen Unterschied nicht finden. Und wenn schon hinter der Verschiedenheit der Worte eine Verschiedenheit des Sinnes gesucht werden soll, möchte es nicht scheinen, als ob Ausdrücke wie: „den Thäter *ermitteln*," „Beweismittel erforschen," *eher* geeignet wären, anzudeuten, daß von dem Geschäft ein selbstständiges, definitives Resultat erwartet wird, als die entsprechenden Ausdrücke: den Thäter erforschen, *Beweise* und Mittel zur Rechtfertigung *sammeln*? Die Voruntersuchung von 1850 soll entweder den Ausspruch herbeiführen, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sein, oder die Hauptverhandlung mit dem Angeschuldigten vorbereiten. In §. 60 des Ges. von 1853 ist *kein* weiter reichender Zweck bezeichnet, nicht einmal auf das spätere Stadium der Schlußverhandlung wird verwiesen und dem Untersuchungsrichter noch einmal dort die Aufgabe gestellt jene vorzubereiten; er soll nur „Alles in das Klare setzen, was zur Schöpfung eines Einstellungs-, Ablassungs- oder Anklagebeschlusses erforderlich ist." Nach §. 186 der St.P.O. von 1853 ist das Untersuchungsverfahren abzuschließen, „wenn sich von weiteren Erhebungen eine bessere Aufklärung weder in Beziehung auf den Thatbestand, noch in Ansehung des Thäters erwarten läßt"; — nach §. 220 des Ges. v. 1850 — „sobald die dem Untersuchungsrichter bekannt gewordenen Erkenntnißquellen so benützt sind, daß von weiterer Verfolgung derselben weder eine bessere Aufklärung der Sache, noch die Entdeckung neuer erheblicher Umstände zu erwarten ist." Müßte man nicht, wenn man beide Stellen vergleicht, eher vermuthen, daß das Ges. v. 1850 dem Untersuchungsrichter eine umfassendere Aufgabe stelle, dem es überdies noch einmal zuruft, daß

er „für eine gründliche Vorbereitung der Hauptverhandlung Sorge zu tragen“ habe?

In der Gliederung des Verfahrens im Ganzen liegt alſo nichts, was der öſterreichiſchen Strafproceßordnung von 1853 eigenthümlich wäre; freilich aber werden andere Partieen, in welchen ſie allerdings principiell von jenen ſonſt verwandten Geſetzen abweicht, auch auf dieſen Punkt zurückwirken. So läßt es ſich gewiß nicht verkennen, daß die Regelung, welche die Rechtsmittel in Oeſterreich gefunden haben, vermöge deren die Ergebniſſe einer mündlichen Verhandlung durch Berufung zur Cognition von in ſchriftlichem Verfahren entſcheidenden Obergerichten gebracht werden können, den Acten der Unterſuchung eine über ihren nächſten Zweck noch hinausgehende Wirkſamkeit ſichert, worin natürlich für den Unterſuchungsrichter eine erhöhte Aufforderung liegen muß, Gründlichkeit und Vollſtändigkeit nach Kräften anzuſtreben. Allein wenn man nicht Luſt hat, das Erkenntniß der erſten Inſtanz als eine blos tranſitoriſche Verfügung zu behandeln, als etwas, das neben den Entſcheidungen der höheren Gerichte gar nicht in Betracht kommt, — wenn man berückſichtigt, daß der Regel nach der Proceß mit dem Erkenntniß der erſten Inſtanz ſein Ende hat, und daß jedenfalls die höheren Gerichte nicht den Proceß entſcheiden, ſondern nur die Entſcheidung der erſten Inſtanz abändern oder beſtätigen: wird man daraus nicht einen Rückſchluß auf Werth und Bedeutung des Verfahrens in erſter Inſtanz ſich erlauben. Dazu kommt dann noch, daß die Beſtimmungeu des §. 257 über die Protokollführung keinen Zweifel darüber laſſen, daß das Oberlandesgericht ſich nicht auf die Unterſuchungsacten beſchränken darf, ſondern auch die Ergebniſſe der Schlußverhandlung berückſichtigen muß. Daß dies ſchwierig iſt, daß dabei die höheren Gerichte nur zwiſchen zwei gleich großen Verlegenheiten zu wählen haben, daß bei dieſer künſtlichen Uebereinanderſtellung eines mündlichen und eines ſchriftlichen Proceſſes das Rechtsmittel der Berufung verkümmert, kann man einſehen, ohne doch daraus Folgerungen abzuleiten, welche auch dem Verfahren erſter Inſtanz Gebrechen aufnöthigen würden, die es nach der Anlage des Geſetzes nicht tragen muß.

Ein zweiter Hauptunterſchied zwiſchen der öſterreichiſchen Strafproceßordnung v. J. 1853 und jenen anderen Geſetzen wird durch die Beweistheorie begründet. Auch dieſer Unterſchied wirkt auf die gegenſeitige Stellung von Unterſuchung und Verhandlung zurück. Jenen

anderen Strafproceßordnungen kann es genügen, daß in den Acten Alles gesammelt ist, was irgendwie Einfluß auf die Entscheidung nehmen kann, was künftig als Beweis angesehen werden mag. Ein Gesetz dagegen, welches die Beweiskraft an das Vorhandensein gewisser äußerer Kriterien knüpft, muß natürlich auch fordern, daß die beweisenden Thatsachen in jener solennen Form constatirt werden, welche zur Beweiskraft erforderlich ist; und da zu besorgen ist, daß die Gelegenheit dazu nicht wiederkehren könnte, muß dergleichen Formrücksichten schon im Vorverfahren Rechnung getragen werden. Es müssen Acte, die sonst leicht der Schlußverhandlung hätten vorbehalten bleiben können, oft schon lange vor derselben als entbehrlich wegfallen würden, schon in der Untersuchung vorgenommen werden, was allerdings den Umfang, nur selten aber die Bedeutung der letzteren steigert.

Von entscheidender Wichtigkeit aber für die Stellung der Specialuntersuchung ist eine andere Tendenz, welche ebenfalls der österr. Strafproceßordnung von 1853 eigenthümlich ist. Nicht blos in der Untersuchung, sondern auch in der Schlußverhandlung gibt sie dem Inquisitionsprincip eine durchgreifendere Gewalt, als andere verwandte Gesetze der neuesten Zeit. Seiner wahren Natur nach aufgefaßt, äußert sich aber das Inquisitionsprincip nach zwei Richtungen: In Geltendmachung des Grundgedankens, daß die Verbrechen im öffentlichen Interesse bestraft werden müssen, führt es zu einer vollständigen Verkehrung des im Civilproceß bestehenden Verhältnisses; wie dort die Parteien, auf den passiv abwartenden Richter einwirkend, den Gang des Processes bestimmen, wird in dem Criminalproceß, der der Inquisitionsmaxime unterworfen ist, der Richter das allein active Element des Processes; die Parteien treten zurück, und wenn's auf's Aeußerste geht, verschwindet die eine ganz, die andere wird zum Objecte der Untersuchung. Das wird dann gewöhnlich gerechtfertigt durch das zweite charakteristische Merkmal des inquisitorischen Prozesses: das unbedingte Streben nach materieller Wahrheit im Gegensatz zur formellen.

Die Consequenz ist nun diese: der Proceß, sowie er abgeschlossen ist, erscheint nicht als das Werk der Parteien, die sich selbst es zuzuschreiben haben, wenn er, schlecht geführt, zu einem nicht entsprechenden Ausgang gebracht wird, oder resultatlos bleibt; er ist das Werk des Richters, der Alles selbst gethan, selbst geleitet hat, für Alles allein ver-

antwortlich ist und Niemand durch sein Versehen ein Recht entziehen konnte. Die Entscheidung über die so zusammengebrachten Materialien ist nicht ein Ausspruch, der zwei Parteien auseinandersetzt, nur für sie und nur für diese Sache wahr zu sein braucht; es will in ihr die Obrigkeit die Wahrheit constatiren, welcher sie, durch keine Partei gehemmt, mit allen ihren Kräften nachgeforscht hat. Da freilich kann man sich nicht begnügen, den Schuldigen für strafbar zu erklären, oder wenn das nicht möglich ist, ihn einfach unbestraft zu lassen; man erwartet, daß das Urtheil nicht blos disponire, sondern auch deklarire; man fürchtet nicht blos, daß ein Schuldiger straflos bleiben, ein Unschuldiger gestraft werden könnte, sondern auch daß ein richterlicher Ausspruch, wenn gleich nur scheinbar, eine Unwahrheit enthalten könnte[44]). So kommt die dritte Urtheilsform, die Entbindung von der Instanz, in den Proceß, welcher mit ihr eine neue Gefahr für den Unschuldigen erlangt. Die Gefahr ungerechter Verurtheilung läßt sich durch menschliche Einrichtungen, wie vollkommen sie immer sein mögen, ohnehin nicht völlig ausschließen; dazu kommt jetzt noch die andere Gefahr: die Ehre zu verlieren, auch wenn Leben und Freiheit gerettet werden. Je ernster diese Gefahr ist, desto lebhafter muß die Gesetzgebung sich aufgefordert fühlen, ihr nach Kräften entgegenzutreten. Es kann also nicht fehlen, daß die Einführung der Entbindung von der Instanz auf den ganzen Proceß zurückwirkt, namentlich aber zu doppelter Vorsicht bei der Einleitung desselben ernstlich mahnt. — Kommt es dahin, daß der Richter einen definitiven Ausspruch über die Schuld oder Unschuld einer bestimmten Person zu fällen hat, so wird jeder Schatten von Verdacht ihn abhalten müssen, sie für schuldlos zu erklären: der bloße Verdacht, den auch das reinste Leben nicht völlig abwehren, vor dem auch die ängstlichste Vorsicht uns nicht bewahren kann, reicht dann aus, das Lebensglück eines sonst unbescholtenen Menschen zu zerstören. Es muß also die Gefahr wenigstens dadurch ferne gerückt werden, daß die Einleitung des Processes nicht ganz der Willkür preisgegeben bleibt. Diese Erwägungen können allein die Gesetzgebung von 1853 bestimmt haben, eine in der Praxis mehr und mehr bedeutungslos gewordene Eintheilung des älteren Inquisitionsprocesses und einen fast überall veralteten Namen eines spätern Untersuchungsstadiums wieder hervorzusuchen. Das Vorurtheil des Volkes hatte einst an die bloße Einleitung

[44]) Lienbacher Anklagegrundsatz und Anklageform, S. 11 ff.

des inquiſitoriſchen Proceſſes eine infamirende Wirkung geknüpft und dahin gedrängt, den letzteren unter dem Namen der Specialinquiſition von formloſen Erhebungen zu ſondern, die man ihm vorangehen ließ; jetzt, nachdem der inquiſitoriſche Proceß in ſeinem Widerſtreben gegen jede Form die formelle Specialinquiſition längſt ausgeſtoßen hatte, nöthigt umgekehrt die legale Wirkſamkeit der Entbindung von der Inſtanz dazu, den alten Namen wieder hervorzuſuchen.

Die Specialunterſuchung der Strafproceßordnung von 1853 iſt alſo nicht ein ſeinem Inhalt, ſeiner Aufgabe nach eigenthümlicher Beſtandtheil des Proceſſes; auch beſtehen für dieſelbe nicht, wie für die alte gemeinrechtliche Specialinquiſition und für das franzöſiſch-engliſche Schlußverfahren eigenthümliche Formen, welche den früheren Proceßſtadien fremd ſind. Ihr Vorhandenſein ändert nichts daran, daß die ganze Unterſuchung nur die Vorbereitung für die künftige Hauptverhandlung bildet, und bewirkt weder ein tieferes Eingehen in die Sache, als es an ſich ſchon in der Vorunterſuchung erfolgen könnte, noch eine Veränderung des dabei zu beobachtenden Vorganges. Ihr Name bezeichnet nur, daß die ihrer Natur nach untheilbare Unterſuchung bereits ſo weit gediehen iſt, daß eine beſtimmte Perſon der Gefahr der Verurtheilung oder Inſtanzentbindung ausgeſetzt werden muß, wenn es ihr nicht gelingt, ihre Unſchuld darzuthun („alle wider ſie vorgekommenen Verdachtsgründe zu entkräften“).

Daß die Specialunterſuchung nur durch die verſchiedene Stellung des Beſchuldigten ausgezeichnet iſt, ſonſt aber in gar nichts von den vorausgehenden Stadien des Verfahrens ſich unterſcheidet, tritt am deutlichſten zu Tag, wenn man ſieht, daß im Geſ. v. 1803 von dem ordentlichen Unterſuchungsproceß die Rede iſt, daß an der Spitze des betreffenden Hauptſtückes allgemeine Beſtimmungen über den Zweck des Unterſuchungsverfahrens und die Mittel zur Erreichung desſelben ſich finden, ein ordentliches Verhör des Beſchuldigten — weſentlich verſchieden von dem ſummariſchen — angeordnet iſt, und überdies erſt jetzt von der Abhörung der Zeugen und der Confrontation geſprochen wird, wogegen die der Specialunterſuchung gewidmete Abtheilung der St. P. O. von 1853 nur „Unterſuchung wider eine beſtimmte Perſon“ überſchrieben iſt, und nur Beſtimmungen über die Behandlung des Beſchuldigten enthält, — Beſtimmungen, welche nicht einmal ausſchließlich für die Specialunterſuchung gelten. Nicht nur das Wort:

„ordentliches Verhör“ iſt verſchwunden, ſondern auch Alles, was 1803 noch an die Eigenthümlichkeit des artikulirten Verhörs erinnerte; die ganze Partie iſt unter die Herrſchaft der auch für die Vorunterſuchung geltenden §§. 60 ff. geſtellt.

Aus all' dem geht alſo deutlich genug hervor, daß die St. P. O. die Specialunterſuchung nicht als einen Inbegriff *eigenthümlicher* Proceßacte, ſondern als dasjenige Stadium der übrigens gleichmäßig fortſchreitenden Unterſuchung anſieht, in welchem bereits eine beſtimmte Perſon *officiell* als Beſchuldigter *bezeichnet* iſt. Wie hätte auch die Geſetzgebung, wenn ſie in der Specialunterſuchung einen qualitativ verſchiedenen Theil der Unterſuchung erkennen müßte, von derſelben für ſo viele Fälle dispenſiren können? (§. 188 St. P. O.; Erlaß des Juſt. Min. von 5. April 1856 Z. 7117 und kaiſ. V. von 3. Mai 1858 §. 5.) — Iſt nicht vielmehr eine Beſtätigung der hier vertretenen Anſchauung darin zu erkennen, daß die Fälle, in welchen von der Specialunterſuchung Umgang genommen werden kann, gerade ſolche ſind, in denen eine Entbindung von der Inſtanz faſt unmöglich iſt?

Jeder Zweifel muß aber verſchwinden, wenn wir unterſuchen, welche Löſung die eigentlich praktiſchen auf die Specialunterſuchung Bezug nehmenden Fragen in der Strafproceßordnung gefunden haben? Dieſe Fragen ſind:

Wann wird die Specialunterſuchung eingeleitet?

Welche ſind die rechtlichen Wirkungen der Einleitung einer Specialunterſuchung?

Ueber den Zeitpunkt, mit welchem die Specialunterſuchung, die Behandlung eines beſtimmten Menſchen als Beſchuldigten, beginnt, ſpricht ſich das Geſetz nur *negativ* aus. Es *kann* Niemand als Beſchuldigter behandelt werden, wider welchen nicht rechtliche Verdachtsgründe (d. h. entweder *ein* näherer oder mehrere entferntere Verdachtsgründe) bewieſen oder doch glaubwürdig gemacht ſind. *Muß* nun aber die Specialunterſuchung überall *ſogleich* eingeleitet werden, wo ſie nach den bezüglichen Beſtimmungen der §§. 134—144 eingeleitet werden *kann*? Begeht der Richter eine Pflichtverletzung, wenn er die Einleitung der Specialunterſuchung trotz des Vorhandenſeins jener Umſtände noch verzögert?

Man wird unbedenklich mit *Nein!* antworten. Zunächſt ſchon deßhalb, weil die §§. 134 u. 144 St. P. O. nicht einmal die nach der

Natur der Sache, nach dem Syſtem des Geſetzes und nach der Geſchichte der Specialunterſuchung unerläßliche Vorausſetzung, daß der Thatbeſtand erhoben ſei, (constare de delicto), machen. Da nun das Geſetz ſelbſt den Fall vorausſieht, daß Verdachtsgründe eines von einer beſtimmten Perſon begangenen Verbrechens früher vorhanden ſind, als über letzteres etwas bekannt wurde (§. 136 St. P. O.); ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß das bloße Vorhandenſein von Verdachtsgründen nicht immer ausreichen kann, den Richter zur Einleitung der Specialunterſuchung zu beſtimmen.

Nichts iſt ferner leichter möglich, als daß nach verſchiedenen Richtungen hin Verdachtsgründe auftauchen, daß zwei Perſonen derſelben That verdächtig ſein können, während dieſe doch nur von einer ausgehen kann. Es kann offenbar nicht die Pflicht des Richters ſein, in einem ſolchen Falle, gegen Beide die Specialunterſuchung einzuleiten; er wird die Vorunterſuchung vielmehr jedenfalls ſo lange fortführen müſſen, bis er Gründe findet, ſeine Unterſuchung von dem Einen abzulenken und ſie auf den Andern einzuſchränken.

Wir ſehen alſo, daß ein directer Ausſpruch des Geſetzes nicht vorhanden iſt, welcher den Moment des Beginnes einer Specialunterſuchung fixirt. Vielleicht aber iſt ein ſolcher indirect durch die der Specialunterſuchung vorbehaltenen Aufgaben und Unterſuchungsacte bezeichnet? Das wird nunmehr zu unterſuchen ſein.

Nichts liegt näher, als die Erwägung, daß jedem Criminalproceß die Aufgabe geſtellt ſei, zwei von einander verſchiedene Fragen zur Beantwortung zu bringen: ob ein Verbrechen begangen ſei? — und von wem es begangen wurde? Nichts iſt ferner natürlicher, als daß man vorausſetzt, es werde der logiſchen Ordnung auch die factiſche folgen, und daß man daher zwei Theile der Unterſuchung annimmt, von denen jede eine andere dieſer Fragen löſen ſoll. Nach dieſer Auffaſſung wäre dann die Specialunterſuchung derjenige Theil des Proceſſes, welcher ſich mit der Perſon des Thäters beſchäftigt, und ſo ſcheint auch das Geſetz ſie ſich zu denken, wenn es im §. 60 dem Unterſuchungsverfahren die Aufgabe ſtellt: den Thatbeſtand zu erheben, den Thäter zu erforſchen u. ſ. w., während aus §. 66 hervorzugehen ſcheint, daß die Vorunterſuchung ſich auf die Erhebung des Thatbeſtandes beſchränken ſolle.

Indeß iſt dieſe ſcharfe Sonderung der Fragen nicht durchführbar. Bekannt iſt, daß es gewiſſe Verbrechen gibt, deren Thatbeſtand gar

nicht feſtgeſtellt werden kann, ohne daß auch die Perſon des Thäters außer Zweifel geſetzt iſt; z. B. Meineid, Inceſt, Bigamie. In anderen Fällen iſt jedenfalls die Perſon des Thäters das, was zuerſt die Gerichte beſchäftigt; die auf die Erhebung der That bezügliche Thätigkeit kann dann nur nachfolgen, z. B. wenn jemand ſich ſelbſt anzeigt oder auf die im §. 136 St. P. O. erwähnte Art verdächtig wird, wenn die wegen eines Verbrechens geführte Unterſuchung andere Verbrechen derſelben Perſon an den Tag bringt u. dgl. Endlich ſind objectiver und ſubjectiver Thatbeſtand auch ſonſt oft ſo ineinander verwachſen, daß der eine ohne den anderen nicht erhoben werden kann, wie denn in der That §. 66 vorſchreibt, daß die Erhebung des Thatbeſtandes feſtſtellen ſolle, inwieferne die That mit böſem Vorſatze oder aus Fahrläſſigkeit begangen worden; und wie ſollte das möglich ſein, ſo lange die Unterſuchung nicht auch an die Perſon des Thäters ſich gewendet hat?

Andrerſeits iſt es klar, daß die „Erforſchung der Thäter, Mitſchuldigen und Theilnehmer" dem Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung vorausgehen muß, weil ja nach §. 144 St. P. O. die gegen dieſe beſtimmten Perſonen ſprechenden Verdachtsgründe ſchon erhoben und bewieſen ſein müſſen.

Es bleibt uns alſo nichts übrig, als uns an die einzelnen Proceßacte zu halten, bezüglich deren jetzt zu unterſuchen ſein wird, ob ſie im Sinne der St. P. O. der Specialunterſuchung vorbehalten ſind oder nicht.

Für die Erhebung des Thatbeſtandes, alſo für die Erforſchung eines entſtandenen Rufes oder Gerüchtes, die Entgegennahme von Anzeigen, die Vernehmung der Perſonen, von denen ſich eine Auskunft erwarten läßt, die Einnahme des gerichtlichen Augenſcheins, die Beiziehung von Sachverſtändigen, die Anordnung der gerichtlichen Verwahrung von für die Unterſuchung wichtigen Gegenſtänden, — bedarf es ſelbſtverſtändlich nicht eines vorausgehenden Beſchluſſes auf Einleitung der Specialunterſuchung. Nach §§. 104 und 106 können aber auch Haus- und Perſonsdurchſuchungen in Fällen vorgenommen werden, wo offenbar noch keine Specialunterſuchung eingeleitet iſt; nach §§. 108 und 109 gilt dieß auch von der Durchſuchung von Briefen und anderen Schriften. Noch deutlicher iſt in dem für unſere Frage überhaupt ſehr wichtigen §. 110 ausgeſprochen, daß auch für die Beſchlag-

nahme von Briefen und die Eröffnung derſelben (§. 111) die Einleitung der Specialunterſuchung nicht unerläßlich ſei.

Die Vernehmung von Zeugen kann der Natur der Sache nach nicht bis zur Specialunterſuchung verſchoben werden; auch geht aus §. 75 und dem III. Abſchnitt des VII. Hauptſtückes hervor, daß ſie es nicht werden ſoll. Eben ſo gewiß iſt, daß die Beeidigung der Zeugen ſchon in der Vorunterſuchung erfolgen kann und muß, und daß auch nicht etwa eine beſondere Form des Zeugenverhörs der Specialunterſuchung vorbehalten iſt, — ſelbſt die Zeugenconfrontation nicht.

Da indeß das Geſetz die Einleitung der Specialunterſuchung als gleichbedeutend mit „Behandlung als Beſchuldigter" hinſtellt; ſo ſollte es ſcheinen, daß wenigſtens hierin ein Anhaltspunkt gefunden wäre, daß nämlich kein Act, welcher ſeiner Natur nach die Exiſtenz eines beſtimmten Beſchuldigten vorausſetzt oder durch welchen erklärt wird, daß das Gericht dieſe Perſon als den Beſchuldigten anſehe, im Laufe der Vorunterſuchung vorgenommen werden könne, und daß ſomit, ſo wie ein ſolcher Act ſich als nothwendig herausſtellt, dem Unterſuchungsrichter auch die Pflicht auferlegt ſei, die Specialunterſuchung (das Vorhandenſein der Bedingungen der §§. 135 und 144 vorausgeſetzt) zu eröffnen.

Allein auch dieſer Erwartung entſprechen die Beſtimmungen des Geſetzes keineswegs. Nicht blos aus §. 136, ſondern auch aus den Beſtimmungen der §§. 43 über den Gerichtsſtand der Ergreifung und 44 und 45 über den Gerichtsſtand hinſichtlich der im Auslande verübten Verbrechen geht deutlich hervor, daß oft gleich beim erſten Act der Unterſuchung ganz im Sinne des Geſetzes beſtimmte Perſonen als Beſchuldigte angeſehen und behandelt werden können. Eben ſo können die Beſtimmungen über Ausſchließung und Ablehnung von Gerichtsperſonen gar nicht ausgeführt werden, ohne daß direct oder indirect eine beſtimmte Perſon als beſchuldigt anerkannt wird. Noch deutlicher iſt das im §. 77 ausgeſprochen, wo von der Zuziehung des Beſchuldigten zur Einnahme des Augenſcheins die Rede iſt. Die Ausführung der im §. 80 gegebenen Vorſchrift, „welche Perſonen nicht als Sachverſtändige beigezogen werden dürfen," ſetzt in vielen Fällen eben ſo voraus, daß auf einen beſtimmten Beſchuldigten Rückſicht genommen werde, wie die der §§. 113 [45]), 125, 132 lit. f, 133 über das Zeugenverhör. — Alle

[45]) Haßlwanter Ueber das Recht, ſich des Zeugniſſes im Strafverfahren zu entſchlagen. Oeſt. Gerichtsz. 1857, S. 305.

dieſe Acte, welche entweder nur im Laufe der Vorunterſuchung vorkommen, oder doch eben ſowohl während dieſer als während der Specialunterſuchung ſich ergeben können, ſetzen alſo das Gericht in die Lage, eine Perſon, wider welche noch keine Specialunterſuchung eingeleitet iſt, als Beſchuldigten zu behandeln. Wenn ferner im §. 87 davon die Rede iſt, daß dem „etwa ſchon bekannten Beſchuldigten“ die Leiche zur Recognition zu zeigen ſei, in den §§. 94 und 95 die körperliche Beſichtigung einer Frauensperſon und die Unterſuchung des Geiſteszuſtandes des Beſchuldigten befohlen wird, ſo ſind dies Acte der Erhebung des Thatbeſtandes, die nicht für die Specialunterſuchung aufgeſpart werden. Am deutlichſten zeigt ſich dies aber im §. 110 St. P. O., wo die Beſchlagnahme von Briefen ausdrücklich von der Bedingung abhängig gemacht iſt, daß ein beſtimmter Beſchuldigter vorhanden ſei, und doch andrerſeits die Einleitung der Specialunterſuchung nicht gefordert wird.

Schon aus der Beſtimmung des §. 110 zeigt ſich übrigens, daß auch ſehr empfindliche Eingriffe in die perſönliche Freiheit, wie ſie nur gegenüber dem eines Verbrechens oder Vergehens Beſchuldigten geſtattet ſein können, ſtattfinden dürfen, ohne daß ein Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung gefaßt iſt. — Schon vorher iſt zuläſſig:

1. Die Vorladung einer Perſon in der Eigenſchaft eines Beſchuldigten. Zwar heißt es darüber im §. 148 St. P. O.: „Wer eines Verbrechens oder Vergehens rechtlich beſchuldiget erſcheint, iſt von dem Unterſuchungsrichter zu verhören. Zu dieſem Ende iſt derſelbe, wenn das Geſetz nicht insbeſondere etwas Anderes vorſchreibt, zuerſt nur vorzuladen.“ Indeß kann die rechtliche Beſchuldigung, welche hier gemeint iſt, nicht im Sinne der §§. 135 und 145 St. P. O. zu nehmen ſein; denn nicht nur legt §. 75 St. P. O. dem Unterſuchungsrichter ſchon bei der Erhebung des Thatbeſtandes die Pflicht auf, alle Perſonen zu vernehmen, von denen ſich mit Wahrſcheinlichkeit eine Auskunft erwarten läßt — eine Vernehmung, zu der auch der Beſchuldigte (Verdächtige) vorgeladen werden muß —; ſondern es geht aus §§. 39 und 378 St. P. O. geradezu hervor, daß die Vorladung eines Beſchuldigten dem Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung vorhergehen kann.

2. Der Vorführungsbefehl ſetzt nichts voraus, als das Vorhandenſein einer Vorladung oder äußerlicher Umſtände, welche mit der Einleitung der Specialunterſuchung nichts zu thun haben. Vielmehr geht aus §. 151 b) hervor, daß wenigſtens in einem Falle,

in welchem die Vorführung ſtattfinden kann, es ganz unmöglich iſt, daß bereits ein Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung geſchöpft ſei.

3. Die vorläufige Verwahrung iſt an dieſelben Bedingungen geknüpft, wie der Vorführungsbefehl (§. 151), und ſie kann auch nach erfolgtem Verhör aufrecht erhalten werden (§. 153), ohne daß die Einleitung einer Specialunterſuchung erfolgt.

4. Die eigentliche Unterſuchungshaft iſt zwar nur „gegen denjenigen Beſchuldigten zu verhängen, welcher auch nach ſeiner Vernehmung des ihm zur Laſt gelegten Verbrechens oder Vergehens verdächtig bleibt;“ und der Verhaftsbefehl, welcher in einem ſolchen Falle ergeht, enthält alſo nicht blos die Bezeichnung dieſer Perſon als des Beſchuldigten, ſondern auch die indirecte Erklärung, daß der Verdacht durch die Vernehmung nicht behoben ſei. Dennoch ſehen wir aber aus §§. 39 und 110 deutlich genug, daß auch ein Verhaftsbefehl in Fällen denkbar iſt, in welchen ein Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung nicht erfolgt iſt.

5. Aus Vorſtehendem geht auch ſchon hervor, daß das Verhör des Beſchuldigten als ſolchen (§. 172) ſchon in der Vorunterſuchung erfolgen könne. Das erſte Verhör fällt ſeiner Natur nach in jenes frühere Stadium des Verfahrens; und das Geſetz kennt keine andere Art von Verhör, ſondern bemerkt nur, daß es dem Unterſuchungsrichter freiſtehe, dasſelbe „an jedem Tage, zu jeder Stunde, ſo oft und ſo lange es ihm zweckmäßig ſcheine, fortzuſetzen“ (§. 173).

Nimmt man alſo die Confrontation des Beſchuldigten aus (§. 133), bezüglich deren übrigens auch keine entgegengeſetzte Beſtimmung zu finden iſt; ſo gibt es keinen Unterſuchungsact, welcher ſeiner Natur nach der Specialunterſuchung vorbehalten wäre. Durch den Wunſch oder die Nothwendigkeit, dieſen oder jenen Unterſuchungsact vorzunehmen, kann daher der Unterſuchungsrichter unmöglich beſtimmt werden, den im §. 145 St. P. O. vorgeſehenen Beſchluß früher zu faſſen, als das ſonſt in ſeinem Plane liegt. Vielmehr iſt Manches vorhanden, was ihn häufig beſtimmen wird, jenen Entſchluß zu verzögern; nicht blos die mit dieſem Beſchluß verbundene Härte, und die unvermeidlich im Fall des §. 156 a) in ſeinem Gefolge gehende Verhaftung des Angeklagten, ſondern auch die Rückſicht auf die Zwecke der Unterſuchung. Nach §§. 174 und 177 ſoll der Beſchuldigte die gegen ihn

vorliegenden Verdachtsgründe und Beweismittel nur nach und nach erfahren, während die Gründe des Einleitungsbeſchluſſes ſie nothwendig zuſammenfaſſen. Nun iſt zwar nicht ausdrücklich angeordnet, aber es folgt doch aus dem dem Beſchuldigten eingeräumten Recht der Beſchwerdeführung, daß ihm der Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung mitgetheilt werden muß, woraus dann von ſelbſt die Vereitlung jener dem Inquirenten ſo bequemen Vorſichtsmaßregel folgen würde, wenn jener Beſchluß in einem ſehr frühen Stadium des Proceſſes zu faſſen wäre.

Wenn nun aber aus Vorſtehendem ſich ergibt, daß kein wichtiger, kein dem Beſchuldigten noch ſo empfindlicher Proceßact von dem Bereich der Vorunterſuchung ausgeſchloſſen ſei, daß der Proceß ſelbſt vor wie nach der Einleitung der Specialunterſuchung nach denſelben Formen von demſelben Richter geführt werde, daß nichts den letzteren drängt, den Augenblick der Eröffnung der Specialunterſuchung zu beſchleunigen und daß das Geſetz ſelbſt nur davon ſpricht, wann ſie *nicht* erfolgen könne: ſo drängt ſich um ſo entſchiedener die Frage auf, welche *rechtliche Bedeutung* der im §. 145 St. P. O. vorgeſehene Beſchluß haben könne? — was das Geſetz beſtimmen konnte, ihn vorzuſchreiben und gegen denſelben den Parteien Rechtsmittel einzuräumen?

Man kann ſich nun den Zweck auf zwei verſchiedene Arten denken. Man konnte nämlich zunächſt vermuthen, der Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung ſolle nach alter Weiſe die Stelle einer förmlichen Anklage vertreten, die gegen den Inquiſiten erhobene Beſchuldigung formuliren, und ſo dem ganzen folgenden Proceß beſtimmte Grenzen, der Thätigkeit der Parteien eine ſichere Baſis verſchaffen. Allein man kann doch nicht verkennen, daß in der St. P. O. von 1853 dieſe Function dem Anklagebeſchluß zugewieſen ſei. Damit der Einleitungsbeſchluß ihr entſpreche, ohne zu einer raſchen Aufeinanderfolge zweier einander gleichſtehender Acte zu führen, müßte wenigſtens der Zeitpunkt ſchärfer fixirt ſein, wo er gefällt werden muß. Auch müßte er in irgend einer Art bindend ſein, während er das durchaus nicht iſt; nichts hindert das Gericht, die Unterſuchung auf neue Thatſachen auszudehnen, und die im Einleitungsbeſchluß berückſichtigten ganz fallen zu laſſen, oder unter einen andern Geſichtspunkt zu bringen.

Die *andere* Rückſicht wäre die, den Verdächtigen vor voreiliger Einleitung eines Criminalproceſſes zu ſchützen. Allein die geſetzlichen

Beſtimmungen über die Specialunterſuchung vermögen nicht, den Verdächtigen davor zu bewahren, daß zahlloſe gerichtliche Acte ihn als den Beſchuldigten bezeichnen, daß auf dem Tagebuch der Unterſuchung und in den Regiſtern des Gerichtes die Beſchuldigung an ſeinen Namen geknüpft wird; es ſchützt ihn nicht gegen Vorladung, Verhaftung, Haus- und Perſonsdurchſuchung, Verhör und Beſchlagnahme ſeiner Briefe, daß ein Beſchluß auf Einleitung der Unterſuchung gegen ihn noch nicht gefaßt iſt, und noch nicht gefaßt werden kann; alle mit einer Criminalunterſuchung verbundenen Uebel treffen ihn alſo, gleichviel ob ein ſolcher Beſchluß vorhanden iſt oder nicht; auch überantwortet dieſer ihn in der Regel nicht einem anderen Richter.

Dennoch übt, abgeſehen ſelbſt von jenen beſonderen Fällen, in welchen die Stellung der öffentlichen Beamten u. ſ. w. durch die Einleitung einer Specialunterſuchung verändert wird, dieſe einen ſehr großen Einfluß auf die Stellung des Beſchuldigten. Nehmen wir an, daß der Unterſuchungsrichter die Unterſuchung, ohne den im §. 145 St. P. O. vorgeſehenen Beſchluß zu den Acten zu hinterlegen, ſo weit geführt hat, daß ſich von weiteren Erhebungen keine beſſere Aufklärung mehr erwarten läßt, und daß er nun die Ueberzeugung gewinnt, es ſei die Verurtheilung des Beſchuldigten, obgleich derſelbe nicht alle wider ihn vorliegenden Verdachtsgründe vollkommen entkräftet hat, nicht zu erwarten, es ſei alſo — namentlich angeſichts des §. 6 der Verordnung vom 3. Mai 1858 — jedenfalls nicht möglich, einen Anklagebeſchluß gegen ihn zu fällen. In einem ſolchen Falle kann offenbar nur ein *Einſtellungsbeſchluß* gefaßt werden, welcher die Ehre und die bürgerliche Stellung des Beſchuldigten vollkommen unberührt läßt. Hatte dagegen bei übrigens völlig gleicher Sachlage der Unterſuchungsrichter ſchon früher die Specialunterſuchung eingeleitet, ſo kann jetzt nur ein Ablaſſungsbeſchluß mit der vollen Wirkung einer Freiſprechung wegen Unzulänglichkeit der Beweismittel ergehen. — Daſſelbe gilt, wenn während der Unterſuchung einer der Einſtellungsgründe des §. 197 Z. 2, 3 und 4 eintritt. Die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des Einleitungsbeſchluſſes allein entſcheidet darüber, ob die Verfügung, womit die Unterſuchung beendigt wird, den Beſchuldigten auch hinſichtlich der That außer Verdacht ſetzt, oder ihn indirect derſelben bezichtigt.

Die rechtliche Bedeutung der Specialunterſuchung beſteht alſo darin, daß, ſo wie ſie einmal rechtsgiltig eingeleitet iſt, ein einfacher Einſtel-

lungsbeſchluß nicht mehr möglich iſt, und entweder ein Anklage- oder ein Ablaſſungsbeſchluß ergehen muß. Indem der Richter den im §. 145 St. P. O. vorgeſehenen Beſchluß faßt, formulirt er amtlich die gegen eine beſtimmte Perſon vorliegende Beſchuldigung, und bringt dieſe in die Lage, daß die allgemeine Präſumtion der Unbeſcholtenheit nicht mehr ausreicht, um ihre Ehre zu erhalten, daß dazu eine ausdrückliche feierliche Erklärung eines Richtercollegiums nöthig iſt, — ein Unſchuldszeugniß oder ein losſprechendes Urtheil. Dem Gerichtshof ſelbſt wird es durch die bloße Exiſtenz des Beſchluſſes auf Einleitung der Specialunterſuchung unmöglich gemacht, den Verdacht der auf einem Individuum haftet, noch länger zu ignoriren; er wird gezwungen das Reſultat ſeiner Nachforſchungen förmlich zu proclamiren, während er bis dahin über unaufgeklärte Verdachtsgründe ſchweigend hinausgehen konnte.

Iſt nun das Charakteriſtiſche der Specialunterſuchung eben das, daß ſie nur durch einen Beſchluß erledigt werden kann, welcher ſich über die Schuld oder Unſchuld einer beſtimmten Perſon ausſpricht: ſo entſteht nun nur noch die Frage, ob dabei die Perſon oder ob das Verbrechen, welches ihr der Einleitungsbeſchluß zur Laſt legt, in den Vordergrund trete? Wir haben nämlich geſehen, daß die Einleitung der Specialunterſuchung einerſeits die unerläßliche Vorausſetzung jedes Anklage- und Ablaſſungsbeſchluſſes iſt, andrerſeits, daß ſie einen ſolchen unvermeidlich macht. Iſt es nun genug, daß bezüglich einer jeden Perſon, welche in Specialunterſuchung gezogen wurde, ein Beſchluß der erwähnten Art ergehe, oder wird auch gefordert, daß jedes Verbrechen, bezüglich deſſen jener Beſchluß gefaßt war, bei der Beſchlußfaſſung über das abgeſchloſſene Unterſuchungsverfahren berückſichtigt werde? Iſt endlich auch anzuerkennen, daß über Niemand ein Ablaſſungs- oder Anklagebeſchluß wegen eines Verbrechens ergehen könne, welches nicht im Einleitungsbeſchluß erwähnt iſt?

Betrachtet man nun den Wortlaut der §§. 196 ff., ſo kann man nicht daran zweifeln, daß das Geſetz die Perſon des Beſchuldigten vorzugsweiſe berückſichtigt wiſſen will; die drei in jenen §§. erwähnten Beſchlüſſe können nicht cumulirt, ſie können nur alternativ geſchöpft werden; es kann überhaupt in einer Unterſuchung gegen einen Angeklagten nur ein Ablaſſungs- oder Anklagebeſchluß ergehen. Daraus folgt:

1. Wenn gegen den Beſchuldigten rechtliche Verdachtsgründe was

immer für eines Verbrechens oder Vergehens vorliegen, ſo kann gegen ihn nur ein Anklage-, kein Ablaſſungsbeſchluß ergehen.

2. Es kann nicht ein Anklagebeſchluß wegen des einen, ein Ablaſſungsbeſchluß wegen eines anderen Verbrechens ergehen.

Dies einmal anerkannt, iſt es leicht, die verſchiedenen in dieſer Beziehung ſich ergebenden Fragen zu beantworten. — Wenn nämlich bezüglich des Verbrechens, welches in dem nach §. 145 gefaßten Beſchluß erwähnt iſt, kein Anklagebeſchluß ergehen kann; ſo iſt ein Ablaſſungsbeſchluß nur dann zu fällen, wenn die Unterſuchung auch nicht ergeben hat, daß bezüglich eines anderen Verbrechens ein Anklagebeſchluß begründet iſt.

Hat ſich daher die Specialunterſuchung auf ein bei der Einleitung derſelben nicht berückſichtigtes Verbrechen erſtreckt; ſo ſind folgende Fälle möglich:

a) Bezüglich beider ſind die Bedingungen eines Anklagebeſchluſſes gegeben; in dieſem Falle müſſen nach §. 200 lit. b) beide Verbrechen in dem Anklagebeſchluſſe erwähnt werden.

b) Es treten bezüglich des einen die Bedingungen eines Anklage-, bezüglich des anderen die eines Ablaſſungsbeſchluſſes ein. In dieſem Falle wird, wie geſagt, nur der Anklagebeſchluß geſchöpft, ohne daß des anderen Verbrechens in dem förmlich ausgefertigten Beſchluſſe (anders freilich in dem Protocoll über die Beſchlußfaſſung des Gerichtes) Erwähnung geſchieht. Aus dem früher Geſagten ergibt ſich, daß es dabei nicht darauf ankommt, ob bezüglich desſelben Verbrechens die Specialunterſuchung ſchon eingeleitet ſei, welches nunmehr dem Anklagebeſchluß zu Grunde gelegt wird; denn das Geſetz verlangt zu einem Anklagebeſchluß nur, daß derjenige, wider welchen die Unterſuchung ſtattgefunden hat, eines beſtimmten Verbrechens rechtlich beſchuldigt erſcheine (§. 200); es ſchreibt aber nirgends vor, daß wegen eines erſt während der Specialunterſuchung entdeckten Verbrechens nachträglich ein beſonderer Einleitungsbeſchluß gefaßt werden ſolle. In der That iſt vielmehr §. 145 St. P. O. ſo gefaßt, daß ſelbſt in einer Entſcheidung des oberſten Gerichtshofes (v. 5. März 1856, Z. 1985 G. Z. Nr. 47; Herbſt S. 26) es für genügend erklärt wird, daß die Specialunterſuchung „wegen Verbrechen" überhaupt, ohne Angabe eines beſtimmten Verbrechens eingeleitet werde. Auch iſt zur Begründung dieſer Auffaſſung bemerkt worden, es ergebe ſich dies daraus, daß im §. 145 nicht, wie

im §. 200, von einem beſtimmten Verbrechen die Rede ſei. Allein §. 145 fordert die Begründung des Beſchluſſes, und wie wäre dieſe möglich, ohne daß der Inhalt der Beſchuldigung angegeben, das Factum erzählt und daraus juriſtiſch deducirt würde, daß in demſelben der Thatbeſtand eines Verbrechens begründet ſei? Welchen Werth hätte überhaupt der ganze Beſchluß, wenn der Richter blos in einer (an das Marino Faliero'ſche ob crimina erinnernden) allezeit bereiten Formel erklären dürfte: er leite die Unterſuchung „wegen Verbrechen" ein? In der That zeigt ſich auch, daß der oberſte Gerichtshof bei jener Entſcheidung es mit einem Falle zu thun hatte, wo das Factum ſelbſt deutlich genug bezeichnet, und es außer Zweifel war, daß daſſelbe ein Verbrechen begründe; nur die Qualification der That als Raub ſchien dem Oberlandesgericht verfrüht, und es ſollte die Frage in dem Beſchluß unerledigt bleiben. Darauf kann aber allerdings gar nichts ankommen, weil die im Einleitungsbeſchluß vorkommende Qualification des Verbrechens den ſpäteren Beſchlüſſen niemals vorgreifen kann, wie ſich a majori aus §. 250 St. P. O. ergibt.

c) Es treten bezüglich beider Verbrechen die Bedingungen des Ablaſſungsbeſchluſſes ein. Hier iſt blos dasjenige Verbrechen, deſſen der nach §. 145 gefaßte Beſchluß-Erwähnung thut, im Ablaſſungsbeſchluß zu bezeichnen, („daß von der wegen des Verbrechens ... geführten Unterſuchung abzulaſſen ſei"); das ſpäter in die Unterſuchung hineingezogene Verbrechen aber bleibt unberückſichtigt.

Es ſei nun geſtattet, das Ergebniß der vorſtehenden Unterſuchungen über die rechtliche Natur der Specialunterſuchung im heutigen öſterreichiſchen Strafproceß kurz zuſammenzufaſſen, und daran einige Bemerkungen über die legislative Bedeutung der Einrichtung zu knüpfen. Es hat ſich gezeigt, daß die Specialinquiſition in der erſten Entwicklung des Inquiſitionsproceſſes ihre Wurzeln hat. Bei ſeinem erſten Auftreten hielt ſich dieſer ſo eng als möglich an die im accuſatoriſchen Proceß und dem ihm ſo eng verwandten Civilproceß üblichen Formen. Dafür aber, daß dort die Verantwortlichkeit des Anklägers, die Beweislaſt, die er übernahm, gegen unbedachte, unzeitige, muthwillige Eröffnung eines Criminalproceſſes den natürlichſten und wirkſamſten Schutz gewährte, dafür mußte ein ganz neuer Erſatz verſchafft

werden. Man fand ihn in Rechtsnormen, welche dem Richter nur unter gewiſſen Bedingungen die Einleitung des Criminalproceſſes geſtatteten, und ſo kam dieſer naturgemäß dahin, daß er dem eigentlichen Criminalproceß Unterſuchungsacte vorausgehen ließ, welche beſtimmt waren, ihm perſönlich die Ueberzeugung von der Exiſtenz jener Bedingungen zu verſchaffen. Dieſe älteſte Eintheilung der Inquiſition iſt alſo ſichtlich beſtimmt, den Unſchuldigen und Unverdächtigen möglichſt gegen die Leiden und Uebel eines Criminalproceſſes zu ſchützen.

Unaufhaltſam aber ging die Bewegung weiter, mittelſt deren der Inquiſitionsproceß ſich von den älteren, ihm widerſtrebenden Ueberlieferungen und Formen losſagte; und da die Geſetzgebung nicht nachhalf, gab die erwähnte Eintheilung des Criminalproceſſes dazu die beſte Handhabe. Man ließ die Formen für den eigentlichen Criminalproceß, die Specialinquiſition, gelten; aber das Geſchäft ſelbſt, welches einſt an ſie gebunden war, ward mehr und mehr in frühere, dem Namen nach nur vorbereitende Stadien gezogen, wo es jenen Formen nicht unterworfen war. So wurde bald die Specialinquiſition derjenige Theil des Proceſſes, in welchem nach Beendigung deſſen, was der Zweck der Unterſuchung forderte, nachgetragen ward, was alte Uebung und legale Formen denn doch auch noch verlangten. Es konnte nicht fehlen, daß ſie auf dieſe Weiſe allmälig abſtarb. Als die Tortur wegfiel, für welche das artikulirte Verhör (die eigentlich charakteriſtiſche Form der Specialunterſuchung) eine unerläßliche Vorbereitung war, mußte ſie überall verdrängt werden, wo die Geſetzgebung oder auch die Praxis frei genug ſich bewegte, um das abgeſtorbene hiſtoriſche Material offen ausſtoßen zu können.

Ehe das aber zu Stande gebracht war, gab eine neue Bewegung der Specialunterſuchung wieder neues Leben. So ſonderbar es klingt, ſo wahr iſt es doch, daß die Folter die Entwicklung nicht blos der Vorzüge, ſondern auch der Schattenſeiten des Inquiſitionsproceſſes gehemmt hatte. Erſt als dieſes allezeit bereite, alles Andere erſetzende, aber eben darum doch wieder von einigen unverrückbaren Formen umgebene Proceßmittel hinwegfiel, ward die ganze Aufgabe, der ganze Umfang der Mittel des Inquiſitionsproceſſes klar; erſt jetzt ſpitzte die Theorie ſich zu und in kurzer Zeit bot die bereitwillig folgende Praxis reichen Stoff zum Nachdenken über die Gefahren eines Strafverfahrens, das die Parteien bei Seite ſchiebt und nichts ſtehen läßt, als eine ungegliederte

Reihe von gerichtspolizeilichen Experimenten, die zuletzt thatſächlich nur von dem guten Willen und der Einſicht eines Einzigen abhängen. Man fühlte das Bedürfniß, die juriſtiſche Natur des Proceſſes wieder hervortreten zu laſſen, den Parteien, ohne die ein Proceß nun einmal nicht denkbar iſt, wieder eine Stellung einzuräumen, eine Mitwirkung, wenn auch nicht bei der Sammlung, ſo doch bei der Prüfung und Erörterung der Beweismittel. — So ward in der Literatur und in einigen deutſchen Geſetzen die Hauptunterſuchung an die Stelle der früheren Specialunterſuchung geſetzt — die jetzt allerdings ein neues, bedeutſames Element des Strafverfahrens hätte werden können, und deren Abſonderung nicht ſowohl gegen die unnöthige, voreilige Einziehung in die Unterſuchung, als gegen die Gefahr einer unverdienten Verurtheilung ſchützen ſollte.

Auch dieſer Bildungsproceß ward aber unterbrochen durch das Hereindrängen der franzöſiſch-engliſchen Formen, vermöge deren, was hier angeſtrebt wurde, viel vollſtändiger, einfacher und naturgemäßer erreicht wird. An die Stelle der alten Special-, der neuen Hauptunterſuchung trat die mündliche Hauptverhandlung.

Wenn nun die öſterreichiſche Strafproceßordnung neben der letzteren doch wieder eine Specialunterſuchung kennt; ſo mußte man ſich fragen, welchen Einfluß ſie dieſer Gliederung des der Schlußverhandlung entgegengeſetzten Unterſuchungsverfahrens eingeräumt habe. Es iſt nun gezeigt worden:

1. daß die Strafproceßordnung keinen beſtimmten Theil des Unterſuchungsgeſchäftes, die Löſung keiner ſeiner Aufgaben der Specialunterſuchung ausſchließlich vorbehalten hat;

2. daß die geſetzlichen Vorſchriften, vermöge deren die Einleitung der Specialunterſuchung nur beim Vorhandenſein gewiſſer Bedingungen ſtattfinden kann, und nur mittelſt eines zu den Acten gebrachten, motivirten Beſchluſſes erfolgt, — daß dieſe Vorſchriften, ſelbſt abgeſehen davon, daß jene Bedingungen nicht eben ſtreng formulirt ſind, nicht ausreichen, um irgend Jemand dagegen zu ſchützen, daß er ſchon früher als Beſchuldigter behandelt und allen wirklichen Leiden dieſer Stellung unterworfen wird; daß dagegen

3. jener Beſchluß in ſo fern eine ſehr große juriſtiſche Bedeutung hat, als er die unerläßliche Vorausſetzung der Freiſprechung von der Anklage und anderer der Ehre des Inquiſiten nachtheiliger Beſchlüſſe

iſt; und daß, je nachdem die Specialunterſuchung ſchon eingeleitet iſt oder nicht, unter übrigens gleichen Umſtänden, entweder einer der eben bezeichneten Beſchlüſſe ergeht, oder die Unterſuchung auf eine der Ehre desſelben unnachtheilige Weiſe eingeſtellt wird.

Es dürfte nun, wenn Alles dieß erwogen wird, wohl nicht zu verkennen ſein, daß die gegenwärtige Einrichtung mit Nachtheilen verbunden ſei, welche mit den durch ſie gewährten Vortheilen in keinem Verhältniß ſtehen. Unklarheit über das Verhältniß dieſer Specialunterſuchung zur Schlußverhandlung; eine dem Volke unverſtändliche, daher das Rechtsbewußtſein desſelben verwirrende Häufung der Formeln, mittelſt deren die Unterſuchung erledigt wird; Formalitäten, die ſo hemmend ſind, daß man erſt in neueſter Zeit ſie durch Beſeitigung eines Rechtsmittels gegen die Einleitung der Specialunterſuchung vermindern mußte; endlich der bedenkliche Spielraum, welcher jetzt bei einer ſo wichtigen Entſcheidung dem durch keine poſitive Vorſchrift geleiteten Unterſuchungsrichter eingeräumt iſt: — alle dieſe Nachtheile werden nur dadurch aufgewogen, daß man aus der Formel, mittelſt welcher ausgeſprochen wird, daß eine Unterſuchung ohne poſitive Reſultate geblieben ſei, zugleich erfährt, ob eine beſtimmte Perſon verdächtig geworden oder geblieben ſei, oder nicht.

Iſt es nun geſtattet, eine individuelle Anſicht hier auszuſprechen, ſo müſſen wir ſagen, daß damit entweder zu viel oder zu wenig gethan iſt, und daß man die Unterſcheidung zwiſchen der Special- und der Vorunterſuchung entweder deutlicher markiren oder gänzlich aufheben ſollte.

Bedenkt man, wie viele und wie angeſehene Stimmen ſich gegen die Entbindung von der Inſtanz immer erhoben haben, wie gewichtige Gründe gegen dieſelbe vorgebracht wurden; ſo ſollte man glauben, es wäre — da jenen Stimmen nun einmal in der Hauptſache Gehör verſagt werden mußte — der Ueberlegung werth, ob jenes ſo angefochtene Inſtitut nicht wenigſtens auf einen engeren Raum eingeſchränkt werden könnte. Das würde am leichteſten und mit der Wirkung großer Vereinfachung des Verfahrens dadurch erreicht, daß man nur ein Urtheil auf (bedingte) Freiſprechung von der Anklage (und etwa daneben den nach der Schlußverhandlung ergehenden Ablaſſungsbeſchluß) beibehält; bei der Berathung über das abgeſchloſſene Unterſuchungsverfahren dagegen nur zwei Beſchlüſſe zuläßt: den Anklage- und den Einſtellungsbeſchluß. Ein beſonderer Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung

würde dadurch praktiſch werthlos und alſo entbehrlich. So würde die Verſetzung in den Anklagezuſtand allein ein Urtheil nothwendig machen, welches Schuld, Unſchuld oder jenes Dritte der Inſtanzentbindung feierlich conſtatirt; das Reat würde nicht eher eintreten, als bis am Ende aller möglichen Erhebungen (tota re perspecta) das Gericht darauf erkennt, während jeder Unterſuchungsact vorgenommen werden könnte, ohne daß dadurch legal die Ehre des Beſchuldigten in Frage geſtellt iſt — was der Unterſuchung den Charakter einer bloßen Vorbereitung des eigentlichen Proceſſes vollkommen rein wiedergäbe, und ihren Gang fördern müßte, da ſie von einer immerhin doch hemmenden Form befreit würde.

Erſcheint aber alles Dieſes als unzuläſſig, legt man auf das frühere Eintreten des Reates und auf die Führung einer eigenen Specialunterſuchung ſo großes Gewicht; dann wäre wenigſtens zu wünſchen, daß der Uebergang in letztere deutlich erkennbar, ſo zu ſagen fühlbar, von Willkür weniger abhängig wäre. Dazu wäre aber nöthig, daß die Verhängung und Führung der Specialunterſuchung einer anderen Behörde zukäme, als diejenige iſt, welche die Vorunterſuchung zu führen hat, daß die letztere, wenn ſie ihrerſeits Alles gethan hat, was keinen Aufſchub verträgt, oder was nöthig iſt, um die rechtliche Beſchuldigung zu conſtatiren, die Acten jener anderen Behörde (wo möglich dem Gerichtshof erſter Inſtanz) vorlegt, welcher zunächſt zwiſchen dem Einſtellungs- und Einleitungsbeſchluß oder dem Auftrag, die Vorunterſuchung zu ergänzen, zu wählen hat. Erſt wenn der Beſchluß auf Einleitung der Specialunterſuchung gefaßt und in Rechtskraft erwachſen wäre, könnte dann der Beſchuldigte in das Gefängniß jenes Gerichtes abgeliefert werden, welches die Specialunterſuchung zu führen hat. — So wäre der Unterſchied zwiſchen vorläufiger Vernehmung und der eigentlichen Unterſuchungshaft auch jedem Laien erkennbar, und die erſtere wäre der Ehre des Beſchuldigten minder nachtheilig. Der Moment des Uebergangs der Vorunterſuchung in die Specialunterſuchung hinge jetzt nicht mehr von der Willkür eines Einzelnen ab; die Vorunterſuchung könnte willkürlich über Gebühr weder ausgedehnt noch verkürzt werden, weil darüber ein anderes Gericht wachen würde, und namentlich wäre weniger Gefahr vorhanden, daß ohne genügenden Grund eine Specialunterſuchung eingeleitet werde, weil dieſe Einleitung nicht mehr einem Richter zuſtände, der mit derſelben nur in ſeiner eigenen ſchon

früher gefaßten Meinung sich bestärkt und seine vorausgegangenen Acte rechtfertigt. — Endlich würde dieser Beschluß dann so folgenschwer, daß es sich vielleicht rechtfertigen ließe, daß die Berufung gegen denselben, die dann ohnehin sehr oft mit der über Verhängung der Untersuchungshaft verbunden sein wird, zurückgegeben würde, — wogegen dann nöthigenfalls auf die Appellabilität des Anklagebeschlusses verzichtet werden könnte.

XIV.

Das Princip der Strafverfolgung.

A.

Das Princip der Strafverfolgung.

(„Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1860“ Nr. 87 ff.)

Niemand kann den Verlauf der großen Reform-Bewegung, aus welcher der gegenwärtige Stand des Strafverfahrens in Deutschland hervorging, überschauen, ohne daß sich ihm die Ueberzeugung aufdrängt, daß im Großen und Ganzen ein Haltpunkt erreicht sei, hinter welchem zurückzubleiben auf die Länge unmöglich, über den aber auch nicht leicht hinauszugehen sein wird. Allein dies schließt natürlich nicht aus, daß gerade auf dem neu gewonnenen Boden die Geister in unabläßiger Bewegung, in reger Thätigkeit bleiben. Diese Thätigkeit der Geister wird zunächst allerdings darauf gerichtet sein, das Gewonnene im Einzelnen zu verbessern und der Natur des deutschen Volkes mehr anpassend zu machen. Es kann aber auch nicht fehlen, daß der Blick über diese zunächstliegenden Dinge hinausschweifend nach einer ferneren Zukunft sich richtet, und die Wege zu erspähen sucht, welche die weitere Entwicklung verfolgen dürfte. Kaum irgendwo aber ist dieser Thätigkeit nach beiden Richtungen hin so viel Spielraum gelassen, wie in all dem, was sich auf die Stellung der Staatsanwaltschaft bezieht. Große Schwankungen der Gesetzgebung, wie man sie zum Beispiel in Oesterreich erlebt hat, beweisen es nicht allein, daß in dieser Stellung noch Manches unklar sei, es ist namentlich die Literatur, in welcher gerade diese Frage nicht zur Ruhe kommen will: man kann getrost sagen, daß seit längerer Zeit eben sie und fast sie allein im Vordergrunde der literarischen Besprechung steht, und daß man hier nicht ein entschiedenes Für und Wider, sondern ein wahres Chaos von Stimmen vernimmt.

Das sind allein schon untrügliche Kennzeichen dafür, daß hier eine größere Arbeit als die der Eingewöhnung und Accommodirung zu vollbringen sei, daß die zur Sprache gebrachten Punkte mit den tiefsten

Grundlagen der gesammten Strafrechtspflege zusammenhängen, und daß die künftige Geschichte des deutschen Strafprocesses ihren Weg hier hindurch nehmen muß. Vollkommen begreiflich ist es daher auch, daß diese Erörterungen (wie die in der Deutschen Vierteljahrsschrift geführte, bekannte Polemik über „das Princip der Strafverfolgung" beweist) aus dem Kreise der Fachblätter heraus, vor das große Publicum hintritt. Um so mehr wird es in einem juristischen Blatte gestattet sein, diese Frage in einer über die nächsten Bedürfnisse und über die augenblicklich vorhandenen Aussichten auf Verwirklichung hinausgehenden Weise zu besprechen, gleich fern von dem Bestreben, eine neubegründete höchst wohlthätige Institution zu gefährden, wie von dem vergeblichen Versuch, das eben Bestehende für alle Zukunft zu stereotypiren.

Die Erkenntniß, daß das Strafrecht dem öffentlichen Rechte, nicht dem Privatrecht angehöre, daß es bestimmt sei, die öffentliche Rechtsordnung, die durch das Verbrechen in ihrem Bestande bedroht wird, zu schützen und daß daher die Staatsgewalt, deren erste und wichtigste Aufgabe die Erhaltung dieser Rechtsordnung ist, das Recht und die Pflicht habe, die Anwendung der Strafgesetze zu verlangen und zu sichern, ist das unverlierbare Resultat einer langen geschichtlichen Entwicklung. Die Vorliebe für Paradoxien wird wohl kaum von Jemand so weit getrieben werden, daß er es ernstlich versuchen sollte, diesem Grundgedanken, auf welchen die gesammte Strafrechtspflege der neuesten Zeit beruht, seine Berechtigung abzusprechen, und etwa die Wiederkehr von Zuständen zu befürworten, in welchen die strafrechtliche Verfolgung gleich der processualischen Geltendmachung eines Privatrechtes, lediglich von dem Belieben und Ermessen der zunächst betheiligten Privatperson abhing. Von solchem Bestreben ist es aber weit verschieden, wenn wir uns aufgefordert fühlen, einmal zu untersuchen, ob jene Idee nicht doch etwa auf die Spitze getrieben worden, ob nicht in der Freude und in dem Stolze über ihren Gewinn eine Ueberspannung sich geltend gemacht habe, von welcher man zurückkommen muß; ob nicht der an sich berechtigte Gedanke zu falschen Consequenzen geführt habe, deren man sich endlich zu entledigen haben wird.

Am verhängnißvollsten hat die maßlose Ausbeutung des erwähnten Gedankens auf die theoretische Feststellung der sogenannten Untersuchungs-(Inquisitions-)Maxime eingewirkt. Wahr ist es, daß zwischen

dem Civil- und Criminal-Proceß durchgreifende Unterschiede bestehen; sie rühren vor Allem daher, daß aus bekannten Gründen dem Geständniß des Angeklagten, sowohl es mit der Wahrheit in Widerspruch steht, kein Einfluß auf den richterlichen Ausspruch zugestanden werden kann, daß also — was allerdings im Civilproceß nicht zulässig wäre — dem Richter nicht ein willkürlich fingirter Thatbestand aufgedrängt werden darf, und daß er somit die Mittel haben muß, dem zu begegnen. Erst in zweiter Linie kommt in Betracht, daß, da es sich im Strafproceß um ein staatliches Interesse handelt, einerseits der Staat dafür sorgen muß, daß es am Kläger nicht fehle, andererseits sich die Privaten größere Unbequemlichkeiten, empfindlichere Einschränkungen ihrer Rechte gefallen lassen müssen, als in Folge eines Civilproceßes. Ist es nun auch wahr, daß alles dies wesentlich dazu beitragen wird, zu bewirken, daß im Strafproceß seltener als im Civilproceß eine Differenz zwischen dem, was der Richter als wahr annimmt, und dem, was wahr ist, bestehe, so muß man es doch als höchst gewagt bezeichnen, wenn man eine principielle Verschiedenheit zwischen Civil- und Criminalproceß eben darin fand, daß um des öffentlichen Interesse willen, das am Strafproceß hänge, in diesem nach materieller Wahrheit zu streben sei, während für den Civilproceß die formelle genüge! Als ob in der That die Gesetzgebung sich dabei beruhigen könne, wenn sie im Civilproceß dem Richter die Mittel versagt, eine von den Parteien nicht gewünschte Differenz zwischen der Wahrheit des Urtheils und der Wahrheit des Lebens zu heben.

Indeß wir haben es hier mit dieser am weitesten gehenden, bedeutungsvollsten Uebertreibung der Consequenzen jenes Satzes nicht zu thun; für heute möchten wir uns auf dasjenige beschränken, was mit der Stellung der Staatsanwaltschaft und dem dieselbe bedingenden „Princip der Strafverfolgung" zusammenhängt.

In dieser Hinsicht drängt sich vor Allem die Betrachtung auf, daß das Recht der Strafverfolgung, d. h. das Recht, zu begehren, es solle auf einen bestimmten Fall das verletzte Strafgesetz angewendet werden, ein Recht, welches einst fast ausschließlich dem durch das Verbrechen Beschädigten zustand, jetzt ausschließlich (abgesehen von wenigen ganz geringfügigen Delicten) der Staatsgewalt und deren Organen vorbehalten ist. Sieht man auch ganz davon ab, daß das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Verbrechen gar wohl auch durch Private

gewahrt werden kann, wie in Rom geschah und in England noch geschieht, daß es wenigstens keinen Widerspruch enthalten würde, wenn man den Privaten gestattete, die Thätigkeit der Anklage-Behörden im öffentlichen Interesse zu ergänzen und zu ersetzen, so muß man doch wohl vor der Thatsache verwundert stehen bleiben, daß der Beschädigte in unserem Criminalproceß so ganz bei Seite gedrängt worden ist.

Es wird also wohl am Orte sein, sich einmal die Frage vorzulegen, ob in der That der Staatsgewalt das Monopol der Strafverfolgung zustehen soll und muß. Diese Frage mag zwar, so lange Zeit nach dem definitiven Siege des Princips der öffentlichen Verfolgung der Verbrechen aufgestellt, überraschend klingen, allein wenige Momente ruhiger Ueberlegung werden hinreichen, um darzuthun, daß die Frage wenigstens eine berechtigte sei. Vollkommen zugegeben, daß jedes wirkliche Verbrechen etwas enthält, was über die Sphäre des durch dasselbe verletzten Privatrechtes weit hinausreicht, zugegeben, daß die öffentliche Rechtsordnung die Ausgleichung und Sühnung verübter Verbrechen gebieterisch fordert und daß daher der Staat, dessen Existenz an diese gebunden ist, sich nicht dabei beruhigen kann, daß die verletzte Privatperson das Verbrechen ruhig hinnimmt und keine Genugthuung begehrt. Man begreift es also vollkommen, daß der Staat sich nicht verpflichtet achtet, das Verlangen des Privaten, sein Begehren nach Genugthuung abzuwarten, daß er auf das größere Uebel hinweisend, welches für ihn aus dem Verbrechen erwächst, sich, als dem am meisten Beschädigten, ein ganz selbstständiges Recht beimißt, die Ahndung des Frevels zu erwirken. Folgt aber daraus nun wirklich schon, wie man so ganz unbedenklich annehmen zu müssen glaubt, daß die verletzte Privatperson keine andere Berechtigung habe, als die, welche mit der nebenher vorzubringenden Forderung einer Geldentschädigung zusammenhängt? Es ist ein Mord begangen worden. Man begreift es vollkommen, daß der Staatsgewalt die tiefe Erschütterung, die im Gefolge eines so schweren Verbrechens geht, nicht gleichgiltig sein kann: man begreift es, daß sie daraus für sich ein Recht auf Genugthuung ableitet, und daß sie dasselbe geltend macht, ohne erst abzuwarten, ob etwa ein Sohn oder ein Bruder des Verstorbenen wegen des Mordes Klage erheben wollte. Man begreift aber nicht, warum jenes höhere Interesse des Staates die immerhin berechtigten Ansprüche der Privaten auch da noch aufheben und ausschließen soll, wo es mit ihnen nicht in Collision gerathen kann; man

begreift nicht, daß der Sohn und Bruder nicht das Recht haben sollen für den Tod ihres Angehörigen eine Genugthuung zu fordern, welche die Strafgesetze des Landes ihnen in Aussicht stellen, daß sie ihrerseits gezwungen werden sollen, die Verfolgung des verübten, sie so nahe berührenden Verbrechens den Organen der Staatsgewalt selbst dann ausschließlich zu überlassen, wenn sie von dem Eifer und der Geschicklichkeit dieser Letzteren eben keine genügende Ueberzeugung zu gewinnen vermochten. Es war ein großer Schritt, als es der bürgerlichen Gesellschaft gelang, die Privatrache zu verdrängen, und es wird in der That immer schwer sein, in den Massen der Bevölkerung die Ueberzeugung unanfechtbar zu erhalten, daß es immer unzulässig sei, sich selbst Recht zu nehmen. Indeß begreifen die Meisten, wie die Existenz der bürgerlichen Gesellschaft davon abhängt, daß jeder ihr dieses schwere Opfer bringe. Muß und darf man aber noch weiter gehen? Muß man dem Privaten auch noch die Möglichkeit entziehen, gerade im Fall der schwersten Kränkungen selbst Recht vor Gericht zu fordern, muß man ihn wirklich zwingen, in der ruhigen Haltung eines unbetheiligten Zuschauers, allenfalls noch in der sehr wenig behaglichen eines Zeugen, den Ausgang einer Sache abzuwarten, von der man ihn nie wird überzeugen können, daß sie nicht die seine sei? Ist es wirklich recht, daß der Vater eines genothzüchtigten Mädchens sich nicht blos enthalten muß, selbst Hand an denjenigen zu legen, der ihn so schwer gekränkt, sondern daß er überdies auch noch abgehalten wird, selbst von den Richtern diejenige Genugthuung zu fordern, auf die er gewiß darum nicht weniger ein Recht hat, weil sie außer ihm auch noch der bürgerlichen Gesellschaft gebührt?

Es scheint, daß es nicht erst nöthig sein sollte, solche Fragen aufzuwerfen, und vielleicht werden künftige Geschlechter auf die Zustände, welche sie hervorriefen, mit derselben Verwunderung blicken, mit welcher wir von dem Compositionen-System unserer Urväter lesen.

In der That, um zu begreifen, daß solche Zustände möglich wurden, muß man den tiefen Verfall, die gänzliche Erschlaffung der deutschen Strafrechtspflege vor Augen haben, aus welcher diese der gemeine deutsche Inquisitionsproceß zu retten begann, längst ehe es der Theorie, die ihn nicht schuf, sondern krönte, gelingen wollte, recht buchstäblich aus der Noth eine Tugend zu machen, — aus der öffentlichen Verfolgung der Verbrechen, die einst ein mißtrauisch zugelassener Nothbehelf

war, das mit eifersüchtiger Ausschließlichkeit herrschende Princip des Processes. Daß dieser inquisitorische Proceß mit seiner absoluten Heimlichkeit und mit der ihm eigenthümlichen Vernichtung der Parteienthätigkeit einen Privatankläger nicht vertragen konnte, und daß er ihn unter Berufung auf dasselbe Princip ausmerzte, welches auch sonst seine Blößen decken, namentlich die unnatürliche Häufung der Geschäfte in der Hand des Inquirenten verantworten mußte, ist leicht zu erklären.

Bei dem heutigen Stande des Strafverfahrens aber, wo die Oeffentlichkeit mehr und mehr sich Geltung verschafft, und der Beschuldigte aus einem Object der Untersuchung wieder eine Partei im Proceß geworden ist, kann man doch wohl kaum sagen, daß zwischen dem Interesse des Staates und dem des Privaten an der Bestrafung des Verbrechers eine Collision sich ergebe, in Folge deren das letztere dem ersteren ganz geopfert werden müßte.

Will man also heute das Monopol der Strafverfolgung dem Staate vindiciren, so muß man eben so weit gehen, dem Interesse des Privaten an Bestrafung dessen, der ihn durch ein Verbrechen verletzt hat, jede rechtliche Anerkennung abzusprechen. Kann man das aber mit Vernunft und Billigkeit in Einklang bringen? Ruhiges Hinnehmen erlittener Verletzungen, Verzicht auf Rache und Vergeltung darf die Religion, darf ein zur höchsten Reinheit gebrachtes Sittengesetz von uns fordern, und auch sie fordern es nicht immer. Darf aber der Staat einfach in eine erzwingbare Rechtskraft umwandeln, was man sonst stets als eine Anforderung betrachtete, die nur für die zartesten Gewissen existirt und welcher nur die vollendetsten Menschen zu entsprechen vermögen? Der Staat wird dem verletzten Privaten, den er in seinem Recht nicht zu schützen vermochte, doch wohl die Rache nur untersagen können, indem er ihm statt derselben gerechte Genugthuung verspricht. Ist dem aber so, so ist diese Genugthuung, welche doch nur durch die Bestrafung des Verbrechers gewährt werden kann, eines der wesentlichsten Elemente der Strafe, auf deren Anwendung der Verletzte daher ein besonderes, von dem Interesse aller Staatsbürger an der Erhaltung der Rechtsordnung ganz verschiedenes Recht hat. Wollte man aber selbst dieses in Abrede stellen, wollte man dem Beschädigten — wogegen sich alles Rechtsgefühl sträubt — in der That nur den Anspruch auf vermögensrechtlichen Ersatz lassen, selbst dann müßte man doch wohl noch anerkennen,

daß er ein *selbstständiges* Recht habe, vor dem Richter die Prämissen jenes Anspruches selbst zur Anerkennung zu bringen.

Im Wesentlichen ist diesen Ansprüchen sogar in Frankreich Rechnung getragen, wo doch wahrlich das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Verbrechen nicht verkürzt wird. Der Privatbetheiligte nimmt als Civilpartei an dem ganzen Criminalproceß Theil, und ist nicht etwa auf die Geltendmachung seiner Geldansprüche allein angewiesen. In der von der constituirenden Nationalversammlung erlassenen Instruction (vom 29. September 1791), welche die Grundlagen des heutigen französischen Strafproceßrechtes herstellte, heißt es darüber: „Die Klage, welche uns aus einem an uns oder an solchen Personen, deren Sicherheit uns eben so kostbar ist, wie unsere eigene, begangenen Verbrechen erwächst, *darf mit der Geltendmachung blos pecuniärer Interessen nicht verwechselt werden.*" In der That hat die Civilpartei das Recht der Klageführung beim Untersuchungsrichter, und wo es sich nur um Vergehen handelt, sogar das der unmittelbaren Ladung vor den erkennenden Richter, beides mit Umgehung der Staatsanwaltschaft. Selbst wenn es sich um eine Anklage wegen eines Verbrechens handelt, muß die Civilpartei gehört werden, ehe der Beschuldigte gegen Caution entlassen wird; ihr steht die Berufung gegen die bezügliche Entscheidung frei; sie hat ferner das Recht, eine Eingabe an die Anklagekammer zu richten, Zeugen zur Assisenverhandlung laden zu lassen, und am Plaidoyer über die *Schuldfrage* sich zu betheiligen. Sie hat also die vollen Rechte einer selbstständigen Partei, mit einziger Ausnahme der Ergreifung von Rechtsmitteln gegen ein freisprechendes Erkenntniß des Assisenhofes. — Ganz in dem hier besprochenen Sinne ist das Verhältniß übrigens in *Schottland* geregelt, wo (im Gegensatze zu England) das Institut der Staatsanwaltschaft vollständig ausgebildet ist. Als eine Nachbildung dieser Einrichtung muß man es offenbar ansehen, wenn es in den §§. 9 und 10 des *Züricher* Strafproceßgesetzes heißt: „Wenn ein mit der öffentlichen Anklage betrauter Beamteter die Anklage nicht erheben will, oder sich in Besorgung seiner Amtsgeschäfte Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, so kann einzig bei seinen Vorgesetzten und in letzter Instanz bei dem Regierungsrathe hierüber Beschwerde geführt werden." — „Unter Voraussetzung des §. 9 kann der Geschädigte die Strafklage betreiben, wofern er für die Proceßkosten und für eine dem Angeklagten im Falle seiner Freisprechung zu leistende

Entschädigung Caution bestellt. Ueber die Zulässigkeit der Klage entscheidet das zuständige Gericht, in den Fällen, die an das Schwurgericht gehören, die Anklagecommission."

Schon aus inneren Gründen, ganz abgesehen von den später zu besprechenden Vortheilen, welche damit für die Strafrechtspflege im Ganzen zu erreichen sind, wird man also früher oder später dazu gelangen: a) dem Privatbetheiligten die Erhebung der Anklage in solchen Fällen zu gestatten, wo sich der Staatsanwalt dessen weigert; b) ihm in allen anderen Fällen neben dem Staatsanwalt die vollen Rechte einer Partei, welche nicht blos die Zuerkennung eines Schadenersatzbetrages, sondern die Verurtheilung des Angeklagten überhaupt anstreben darf, einzuräumen.

Während die Theorie, welche aus dem factischen Bestande des gemeinen deutschen Inquisitionsprocesses hervorgegangen ist, auf der einen Seite dem öffentlichen Interesse, d. h. dem Interesse des Staates an der Strafrechtspflege, in so weitgehender Weise Rechnung trug, daß sie der Staatsgewalt das Monopol der Strafverfolgung zuerkannte, glaubte sie durch die Consequenz dahin getrieben zu sein, daß sie Recht und Pflicht der Strafverfolgung absolut als identisch nahm, und in jedem einzelnen Falle, wo ein Strafgesetz übertreten ist, es als Pflicht der Staatsverwaltung hinstellte, dafür zu sorgen, daß die Bestrafung, wenn möglich, stattfinde, woraus von selbst die weitere Folge sich ergab, daß überall, wo möglicherweise ein Verbrechen begangen sein kann, ein Criminalproceß bis zu voller Aufklärung des Sachverhaltes geführt werden muß.

In der That konnte es auch gar nicht anders sein, so lange der Staatsgewalt nur ein Organ für die Strafrechtspflege zur Verfügung stand — der Criminalrichter. Für einen Richter müssen innerhalb der Sphäre seiner eigenen Thätigkeit allerdings Berechtigung und Verpflichtung in Eins zusammenfallen. Er darf sich nur die Frage stellen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Thätigkeit vorhanden seien; ist dies der Fall, so muß er auch einschreiten. Darin liegt aber eben der Keim der empfindlichsten Ueberspannungen und Uebertreibungen, zu denen der inquisitorische Proceß, für welchen es nur einen Richter und nichts als den Richter gibt, führte. So kam man — in der Theorie wenigstens

— zu dem Satze daß das Untersuchungsprincip oder wie immer es bisher gehandhabte Sinn eines möglichst sicheren Verfahrens verloren habe. Gewiß überwiegt hier die Schwierigkeit der Aufforderung an den Unschuldigen die Unbequemlichkeit der Anklage; man kann aber doch auch sagen daß in der Praxis sich die Gerichte immer auf die Verfolgung jener Delicte beschränken, welche durch Denunciation minder sichere Aufklärung oder ihre eigene Unbekanntheit in bereits erhärteten Umständen für sie eine sichere, allenfällige Strafen erhaltende Klage war und ist es nicht schwer zu sagen, daß die Gerichte mehr in der Hand der Denuncianten seien? Kann irgend so viel von den Gefahren der Privatanklage; ist denn ein ärgerer Mißbrauch noch denkbar als er mit dem unbeschränkten Recht der Denunciation getrieben werden kann, und getrieben wird? Jedermann weiß es, daß das bloße Einlangen der Anzeige — einer Anzeige, die nicht einmal eine bestimmte Behauptung enthalten muß, sich auf Darlegung von Verdachtsgründen beschränken darf, die auch gegen einen Unschuldigen vorliegen können — das Gericht nöthigt, den Criminalproceß zu beginnen, ohne daß der Anzeiger mit dem Proceß weiter Mühe, Kosten oder Gefahren hätte. Ist es da nicht viel leichter, die Unterlassung einer Denunciation zu verfassen, als die einer Privatanklage? Ferner, in wie vielen Fällen muß das Gericht die mühsamsten und kostspieligsten Erhebungen vornehmen, obgleich eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit besteht, daß Alles erfolglos bleiben werde; man denke nur an die zahllosen Fälle, in welchen z. B. nach der jetzt in Oesterreich geltenden Strafproceßordnung der Thatbestand des Verbrechens erhoben werden muß, obgleich die polizeilichen Erhebungen dem Richter bereits die Ueberzeugung einflößen, daß er sich vergebens bemühe, und daß er dem Beschädigten neben den unvermeidlichen Wirkungen des Verbrechens noch andere Unannehmlichkeiten vergebens aufbürde, da es fast sicher ist, daß der Thäter nie zu eruiren sein werde.

Ueberhaupt können in dieser Hinsicht die Erfahrungen, welche in den letzten Jahren in Oesterreich gemacht wurden, als ganz vorzüglich maßgebend betrachtet werden, eben weil die St. P. O. von 1853 mit besonderer Consequenz den Gerichten allein die Entscheidung der Frage sichert, ob ein Criminalproceß einzuleiten sei. Im Jahre 1856 sind nun nicht weniger als 133,017 Anzeigen wegen Verbrechen und Vergehen eingelaufen. Von diesen Anzeigen wurden nur 6423 ohne weiteres Verfahren

A.

Das Princip der Strafverfolgung.

(„Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1860“ Nr. 87 ff.)

Niemand kann den Verlauf der großen Reform-Bewegung, aus welcher der gegenwärtige Stand des Strafverfahrens in Deutschland hervorging, überschauen, ohne daß sich ihm die Ueberzeugung aufdrängt, daß im Großen und Ganzen ein Haltpunkt erreicht sei, hinter welchem zurückzubleiben auf die Länge unmöglich, über den aber auch nicht leicht hinauszugehen sein wird. Allein dies schließt natürlich nicht aus, daß gerade auf dem neu gewonnenen Boden die Geister in unabläßiger Bewegung, in reger Thätigkeit bleiben. Diese Thätigkeit der Geister wird zunächst allerdings darauf gerichtet sein, das Gewonnene im Einzelnen zu verbessern und der Natur des deutschen Volkes mehr anpassend zu machen. Es kann aber auch nicht fehlen, daß der Blick über diese zunächstliegenden Dinge hinausschweifend nach einer ferneren Zukunft sich richtet, und die Wege zu erspähen sucht, welche die weitere Entwicklung verfolgen dürfte. Kaum irgendwo aber ist dieser Thätigkeit nach beiden Richtungen hin so viel Spielraum gelassen, wie in all dem, was sich auf die Stellung der Staatsanwaltschaft bezieht. Große Schwankungen der Gesetzgebung, wie man sie zum Beispiel in Oesterreich erlebt hat, beweisen es nicht allein, daß in dieser Stellung noch Manches unklar sei, es ist namentlich die Literatur, in welcher gerade diese Frage nicht zur Ruhe kommen will: man kann getrost sagen, daß seit längerer Zeit eben sie und fast sie allein im Vordergrunde der literarischen Besprechung steht, und daß man hier nicht ein entschiedenes Für und Wider, sondern ein wahres Chaos von Stimmen vernimmt.

Das sind allein schon untrügliche Kennzeichen dafür, daß hier eine größere Arbeit als die der Eingewöhnung und Accommodirung zu vollbringen sei, daß die zur Sprache gebrachten Punkte mit den tiefsten

Grundlagen der gesammten Strafrechtspflege zusammenhängen, und daß die künftige Geschichte des deutschen Strafprocesses ihren Weg hier hindurch nehmen muß. Vollkommen begreiflich ist es daher auch, daß diese Erörterungen (wie die in der Deutschen Vierteljahrsschrift geführte, bekannte Polemik über „das Princip der Strafverfolgung" beweist) aus dem Kreise der Fachblätter heraus, vor das große Publicum hintritt. Um so mehr wird es in einem juristischen Blatte gestattet sein, diese Frage in einer über die nächsten Bedürfnisse und über die augenblicklich vorhandenen Aussichten auf Verwirklichung hinausgehenden Weise zu besprechen, gleich fern von dem Bestreben, eine neubegründete höchst wohlthätige Institution zu gefährden, wie von dem vergeblichen Versuch, das eben Bestehende für alle Zukunft zu stereotypiren.

Die Erkenntniß, daß das Strafrecht dem öffentlichen Rechte, nicht dem Privatrecht angehöre, daß es bestimmt sei, die öffentliche Rechtsordnung, die durch das Verbrechen in ihrem Bestande bedroht wird, zu schützen und daß daher die Staatsgewalt, deren erste und wichtigste Aufgabe die Erhaltung dieser Rechtsordnung ist, das Recht und die Pflicht habe, die Anwendung der Strafgesetze zu verlangen und zu sichern, ist das unverlierbare Resultat einer langen geschichtlichen Entwicklung. Die Vorliebe für Paradoxien wird wohl kaum von Jemand so weit getrieben werden, daß er es ernstlich versuchen sollte, diesem Grundgedanken, auf welchen die gesammte Strafrechtspflege der neuesten Zeit beruht, seine Berechtigung abzusprechen, und etwa die Wiederkehr von Zuständen zu befürworten, in welchen die strafrechtliche Verfolgung gleich der processualischen Geltendmachung eines Privatrechtes, lediglich von dem Belieben und Ermessen der zunächst betheiligten Privatperson abhing. Von solchem Bestreben ist es aber weit verschieden, wenn wir uns aufgefordert fühlen, einmal zu untersuchen, ob jene Idee nicht doch etwa auf die Spitze getrieben worden, ob nicht in der Freude und in dem Stolze über ihren Gewinn eine Ueberspannung sich geltend gemacht habe, von welcher man zurückkommen muß; ob nicht der an sich berechtigte Gedanke zu falschen Consequenzen geführt habe, deren man sich endlich zu entledigen haben wird.

Am verhängnißvollsten hat die maßlose Ausbeutung des erwähnten Gedankens auf die theoretische Feststellung der sogenannten Untersuchungs-(Inquisitions-)Maxime eingewirkt. Wahr ist es, daß zwischen

dem Civil- und Criminal-Proceß durchgreifende Unterschiede bestehen; sie rühren vor Allem daher, daß aus bekannten Gründen dem Geständniß des Angeklagten, soweit es mit der Wahrheit in Widerspruch steht, kein Einfluß auf den richterlichen Ausspruch zugestanden werden kann, daß also — was allerdings im Civilproceß nicht zulässig wäre — dem Richter nicht ein willkürlich fingirter Thatbestand aufgedrängt werden darf, und daß er somit die Mittel haben muß, dem zu begegnen. Erst in zweiter Linie kommt in Betracht, daß, da es sich im Strafproceß um ein staatliches Interesse handelt, einerseits der Staat dafür sorgen muß, daß es am Kläger nicht fehle, anderseits sich die Privaten größere Unbequemlichkeiten, empfindlichere Einschränkungen ihrer Rechte gefallen lassen müssen, als in Folge eines Civilprocesses. Ist es nun auch wahr, daß alles dies wesentlich dazu beitragen wird, zu bewirken, daß im Strafproceß seltener als im Civilproceß eine Differenz zwischen dem, was der Richter als wahr annimmt, und dem, was wahr ist, bestehe, so muß man es doch als höchst gewagt bezeichnen, wenn man eine principielle Verschiedenheit zwischen Civil- und Criminalproceß eben darin fand, daß um des öffentlichen Interesse willen, das am Strafproceß hänge, in diesem nach materieller Wahrheit zu streben sei, während für den Civilproceß die formelle genüge! Als ob in der That die Gesetzgebung sich dabei beruhigen könne, wenn sie im Civilproceß dem Richter die Mittel versagt, eine von den Parteien nicht gewünschte Differenz zwischen der Wahrheit des Urtheils und der Wahrheit des Lebens zu heben.

Indeß wir haben es hier mit dieser am weitesten gehenden, bedeutungsvollsten Uebertreibung der Consequenzen jenes Satzes nicht zu thun; für heute möchten wir uns auf dasjenige beschränken, was mit der Stellung der Staatsanwaltschaft und dem dieselbe bedingenden „Princip der Strafverfolgung" zusammenhängt.

In dieser Hinsicht drängt sich vor Allem die Betrachtung auf, daß das Recht der Strafverfolgung, d. h. das Recht, zu begehren, es solle auf einen bestimmten Fall das verletzte Strafgesetz angewendet werden, ein Recht, welches einst fast ausschließlich dem durch das Verbrechen Beschädigten zustand, jetzt ausschließlich (abgesehen von wenigen ganz geringfügigen Delicten) der Staatsgewalt und deren Organen vorbehalten ist. Sieht man auch ganz davon ab, daß das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Verbrechen gar wohl auch durch Private

mein zugestanden, da die unbedingte Anerkennung des formell unbeschränkten Begnadigungsrechtes der Krone nirgend verweigert wird. Das Begnadigungsrecht ist aber nur die bedeutungsvollste, am schärfsten hervortretende Consequenz der Stellung, welche die Staatsgewalt dem Strafrecht gegenüber einnimmt. Steht ihr das Recht zu, das bereits formell constatirte Verbrechen straflos, die richterlich bereits verhängte Strafe unvollstreckt zu lassen, so kann ihr doch noch viel weniger das Recht bestritten werden, aus guten Gründen und so weit es sich nur um *ihr* Recht und *ihre* Interessen handelt, von der Verfolgung eines Verbrechens Umgang zu nehmen.

Ist aber einmal festgestellt, daß neben der Frage, ob ein bestimmtes Strafgesetz übertreten sei und rechtmäßigerweise gegen eine bestimmte Person in Anwendung gebracht werden könne, noch jene andere Frage, die wir die Opportunitätsfrage nennen wollen, gestellt und berücksichtigt werden *dürfe*, so wird sich sehr leicht zeigen lassen, daß dieß auch geschehen solle und müsse. Die Strafe ist das normale Mittel zur Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes; aber wer weiß es nicht, daß es Fälle gibt, wo eben die normalen Mittel versagen, wo sie die ihrer gewöhnlichen entgegengesetzte Wirkung hervorbringen? Die Frage also, ob es zweckentsprechend sei, das im Allgemeinen als geeignet anerkannte, durch das Strafgesetz zur Verfügung gestellte Mittel auch im gegebenen Falle wirklich anzuwenden, beziehungsweise sich die richterliche Anerkennung des Rechtes hierzu zu verschaffen, bleibt offen. Sehr oft wird es nothwendig sein, sie vor der Einleitung des Processes in Erwägung zu ziehen, ja überhaupt jeden ausgesprochenen Schritt zu vermeiden. So wird sich z. B. das Verhältniß dem *Duell* gegenüber sehr häufig gestalten; gewisse Arten von Duellen werden ohne Verletzung des öffentlichen Rechtsgefühles *nie* gestraft werden können, doch wird man weder es räthlich finden, sie geradezu zu erlauben, noch sie indirect durch regelmäßig wiederkehrende Begnadigungsacte fast eben so ausdrücklich für erlaubt zu erklären; es wird am sachgemäßesten erscheinen, sie stillschweigend unverfolgt zu lassen. Aehnliche Verhältnisse können eintreten, wenn höhere Rücksichten der Distributiv-Gerechtigkeit die Strafloſigkeit des Verbrechers fordern, wie z. B. wenn der Verführte gestraft werden sollte, während der Verführer straflos ausgeht. Manchmal wird die Würde der Staatsgewalt und die Achtung vor der öffentlichen Moral es als wünschenswerth erscheinen lassen, daß die Verhängung einer

Strafe vermieden werde, die — einmal gerichtlich zuerkannt — nicht wohl durch Begnadigung beseitigt werden könnte, z. B. wenn sich ergeben würde, daß die Bestrafung des Verbrechers nur durch eine unsittliche Privatspeculation oder durch Benützung von Diensten möglich würde, die sich die Staatsgewalt nicht einmal indirect zu Nutzen machen mag (agents provocateurs). Auch der durch das Verbrechen Verletzte verdiente oft eine viel umfassendere Berücksichtigung, als sie ihm jetzt zu Theil würde; sehr oft hat die Einleitung und Führung des Criminalprocesses eine Verdoppelung des ihm zugefügten Schadens zu Folge. Ist es auch richtig, daß *sein* Interesse *allein* nicht maßgebend sein kann, daß die Staatsgewalt sich das Recht vorbehalten muß, über dasselbe hinauszugehen: so folgt daraus doch noch nicht, daß die Möglichkeit der Berücksichtigung desselben von vornherein unbedingt auszuschließen sei. Oder sollte wirklich nicht der öffentlichen Rechtsordnung eine neue Wunde geschlagen werden, wenn ein bis dahin geheim gebliebener Fall der Nothzucht gegen den Willen der Beschädigten, blos einer abstracten Norm zulieb, an's Tageslicht gezerrt würde? u. dgl. m. — Jedenfalls wird allgemein einleuchten, daß wenigstens Fragen, wie die: ob die Mühen und Kosten eines bestimmten Processes zur Bedeutsamkeit der Sache und zu dem voraussichtlichen Erfolg in erträglichem Verhältnisse stehen, — ob nicht die Untersuchung wegen eines bestimmten Delictes überflüssig sei, weil sie auf das schon entschieden feststehende Schicksal des Verbrechers keinen Einfluß üben könnte (wegen seiner Flucht, seines bevorstehenden Todes u. dgl.) — beachtenswerth sind, und daß sicherlich das *Eine* Ueberlegung verdient, ob gerade in *diesem* gegebenen Augenblicke die Einleitung eines Processes wünschenswerth sei?

Es existirt also in jedem Criminalprocesse neben der Frage des Rechtes die der Opportunität, und eben weil sie in *jedem* Processe zu stellen ist, und zwar gleich beim Beginne desselben, ist es nicht möglich, ihre Stellung und Beantwortung für dieselben erhabenen Hände aufzubewahren, in denen das *Recht* der Begnadigung ruht.

Wenn es aber, wie schon früher erwähnt wurde, auch nicht angeht, dieses Geschäft den Gerichten zuzuweisen, so ist doch der Noth jetzt abgeholfen. Ist der Staatsanwalt, wie ja allseitig zugestanden wird, der Wahrer des öffentlichen, des staatlichen Interesse an der Verfolgung der Verbrechen, so ist er auch der naturgemäße Träger der Opportunitäts-

war, das mit eifersüchtiger Ausschließlichkeit herrschende Princip des Processes. Daß dieser inquisitorische Proceß mit seiner absoluten Heimlichkeit und mit der ihm eigenthümlichen Vernichtung der Parteienthätigkeit einen Privatankläger nicht vertragen konnte, und daß er ihn unter Berufung auf dasselbe Princip ausmerzte, welches auch sonst seine Blößen decken, namentlich die unnatürliche Häufung der Geschäfte in der Hand des Inquirenten verantworten mußte, ist leicht zu erklären.

Bei dem heutigen Stande des Strafverfahrens aber, wo die Oeffentlichkeit mehr und mehr sich Geltung verschafft, und der Beschuldigte aus einem Object der Untersuchung wieder eine Partei im Proceß geworden ist, kann man doch wohl kaum sagen, daß zwischen dem Interesse des Staates und dem des Privaten an der Bestrafung des Verbrechers eine Collision sich ergebe, in Folge deren das letztere dem ersteren ganz geopfert werden müßte.

Will man also heute das Monopol der Strafverfolgung dem Staate vindiciren, so muß man eben so weit gehen, dem Interesse des Privaten an Bestrafung dessen, der ihn durch ein Verbrechen verletzt hat, jede rechtliche Anerkennung abzusprechen. Kann man das aber mit Vernunft und Billigkeit in Einklang bringen? Ruhiges Hinnehmen erlittener Verletzungen, Verzicht auf Rache und Vergeltung darf die Religion, darf ein zur höchsten Reinheit gebrachtes Sittengesetz von uns fordern, und auch sie fordern es nicht immer. Darf aber der Staat einfach in eine erzwingbare Rechtskraft umwandeln, was man sonst stets als eine Anforderung betrachtete, die nur für die zartesten Gewissen existirt und welcher nur die vollendetsten Menschen zu entsprechen vermögen? Der Staat wird dem verletzten Privaten, den er in seinem Recht nicht zu schützen vermochte, doch wohl die Rache nur untersagen können, indem er ihm statt derselben gerechte Genugthuung verspricht. Ist dem aber so, so ist diese Genugthuung, welche doch nur durch die Bestrafung des Verbrechers gewährt werden kann, eines der wesentlichsten Elemente der Strafe, auf deren Anwendung der Verletzte daher ein besonderes, von dem Interesse aller Staatsbürger an der Erhaltung der Rechtsordnung ganz verschiedenes Recht hat. Wollte man aber selbst dieses in Abrede stellen, wollte man dem Beschädigten — wogegen sich alles Rechtsgefühl sträubt — in der That nur den Anspruch auf vermögensrechtlichen Ersatz lassen, selbst dann müßte man doch wohl noch anerkennen,

daß er ein selbstständiges Recht habe, vor dem Richter die Prämissen jenes Anspruches selbst zur Anerkennung zu bringen.

Im Wesentlichen ist diesen Ansprüchen sogar in Frankreich Rechnung getragen, wo doch wahrlich das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Verbrechen nicht verkürzt wird. Der Privatbetheiligte nimmt als Civilpartei an dem ganzen Criminalproceß Theil, und ist nicht etwa auf die Geltendmachung seiner Geldansprüche allein angewiesen. In der von der constituirenden Nationalversammlung erlassenen Instruction (vom 29. September 1791), welche die Grundlagen des heutigen französischen Strafproceßrechtes herstellte, heißt es darüber: „Die Klage, welche uns aus einem an uns oder an solchen Personen, deren Sicherheit uns eben so kostbar ist, wie unsere eigene, begangenen Verbrechen erwächst, darf mit der Geltendmachung blos pecuniärer Interessen nicht verwechselt werden." In der That hat die Civilpartei das Recht der Klageführung beim Untersuchungsrichter, und wo es sich nur um Vergehen handelt, sogar das der unmittelbaren Ladung vor den erkennenden Richter, beides mit Umgehung der Staatsanwaltschaft. Selbst wenn es sich um eine Anklage wegen eines Verbrechens handelt, muß die Civilpartei gehört werden, ehe der Beschuldigte gegen Caution entlassen wird; ihr steht die Berufung gegen die bezügliche Entscheidung frei; sie hat ferner das Recht, eine Eingabe an die Anklagekammer zu richten, Zeugen zur Assisenverhandlung laden zu lassen, und am Plaidoyer über die Schuldfrage sich zu betheiligen. Sie hat also die vollen Rechte einer selbstständigen Partei, mit einziger Ausnahme der Ergreifung von Rechtsmitteln gegen ein freisprechendes Erkenntniß des Assisenhofes. — Ganz in dem hier besprochenen Sinne ist das Verhältniß übrigens in Schottland geregelt, wo (im Gegensatze zu England) das Institut der Staatsanwaltschaft vollständig ausgebildet ist. Als eine Nachbildung dieser Einrichtung muß man es offenbar ansehen, wenn es in den §§. 9 und 10 des Züricher Strafproceßgesetzes heißt: „Wenn ein mit der öffentlichen Anklage betrauter Beamteter die Anklage nicht erheben will, oder sich in Besorgung seiner Amtsgeschäfte Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, so kann einzig bei seinen Vorgesetzten und in letzter Instanz bei dem Regierungsrathe hierüber Beschwerde geführt werden." — „Unter Voraussetzung des §. 9 kann der Geschädigte die Strafklage betreiben, wofern er für die Proceßkosten und für eine dem Angeklagten im Falle seiner Freisprechung zu leistende

der Interessen sein kann, welche sich für jene an die Anklage knüpfen. Diese Interessen, welche eben nicht immer gerade eine Anklage oder gar eine Anklage um jeden Preis fordern, sind der Staatsanwaltschaft zur Wahrung anvertraut. Ihres Amtes ist es also, auszusprechen, ob die Einleitung und Fortführung des Processes begehrt werde.

Es darf daher keine Untersuchung anders als auf Begehren des Staatsanwaltes begonnen werden; sie wird sofort eingestellt, so wie derselbe von jenem Begehren zurücktritt; es gibt somit auch keinen Anklagebeschluß, der für den Staatsanwalt in pejus bindend wäre; es ist vielmehr *seine* Sache die Anklage zu unterlassen, oder den Umständen angemessen zu formuliren, wobei es dahin gestellt bleiben mag, ob es wünschenswerth ist, daß die Anklage einer vorläufigen Prüfung durch das Gericht unterworfen wird. Von der einmal erhobenen Anklage darf dann zum *Nachtheil des Angeklagten* weder der Staatsanwalt noch das Gericht abgehen, und eben weil dem Staatsanwalt die volle Freiheit gelassen ist, Zeit und Art seines Angriffes selbst zu bestimmen, wird kein Bedenken dagegen obwalten, daß

1. der eigentliche Proceß — die Verhandlung — in den Anträgen des Anklägers eine *feste*, im Wesentlichen unabänderliche Basis erhält:

2. daß das Gericht, das nicht mehr Geschichte schreibt, sondern über die Statthaftigkeit zweier entgegengesetzter Parteianträge, durch welche seine Cognition begrenzt ist, erkennt, mit einem deutlichen Ja! oder Nein! antworten kann;

3. daß dem Strafverfahren der Begriff der *Rechtskraft des Erkenntnisses*, der in der Formlosigkeit des inquisitorischen Processes beinahe ganz verloren ging, wieder gegeben wird.

Damit ist, wie mir scheint, Einheit und Klarheit in das Verhältniß gebracht. Stellung und Aufgabe des Staatsanwaltes und des Richters sind so verschieden von einander, daß jeder sich in seiner Sphäre sicher bewegen kann, daß die bindenden Acte Beider mit einander in Widerstreit gerathen können und müssen, ohne daß darin ein wechselseitiger Vorwurf involvirt wäre. Der Staatsanwalt ist kein Richter; er darf sich die Wahrscheinlichkeit genügen lassen, er muß die bloße Möglichkeit betonen können, wo der Richter Gewißheit fordern muß. Andererseits ist er zwar *Partei* vor dem Richter, wenn er einmal beschlossen hat, vor ihn zu treten; allein es darf und soll eben nicht *Par-*

teilichkeit sein, was ihn vor denselben führt; das Interesse, welches er trägt, geht über das Partei-Interesse hinaus, weil es vor allen Dingen auf der Wahrheit und Gerechtigkeit beruht, dann aber freilich noch auf anderen Rücksichten, welche der richterlichen Cognition entzogen sind. Er ist Behörde (Staatsbehörde), sofern er entscheidet, ob das öffentliche Recht der Anklage ruhen oder ausgeübt werden soll; er ist Partei, so wie er einmal durch die Erhebung dieser Anklage einen gerichtlichen Conflict zwischen dem öffentlichen Interesse und dem Angeklagten herbeigeführt hat.

Abgesehen von den Vortheilen, welche diese Vereinfachung der staatsanwaltschaftlichen Stellung mit sich bringt, können alle Betheiligten bei der bezeichneten Feststellung des Verhältnisses nur gewinnen. Das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Verbrechen ist gegen die etwaige Nachlässigkeit des Staatsanwaltes hinlänglich geschützt, zunächst durch die Verantwortlichkeit den Vorgesetzten gegenüber, sodann aber durch die concurrirende Anklagebefugniß des Beschädigten. In Schottland, wo diese Einrichtung durchgeführt ist, hat man sich davon hinlänglich überzeugt. „Die Kronanwälte," bemerkt Alison „haben fixe Gehalte und haben daher allerdings kein Interesse, die Zahl der Criminal-Processe nutzlos zu vermehren; das Resultat wäre nur eine Vermehrung ihrer Arbeit bei sich gleich bleibenden Emolumenten. Allein wenn sie die Anklage in einem Falle unterlassen, in welchem hinlängliche Beweise vorliegen, so leidet der Ruf ihrer Befähigung sehr schwer, wenn es sich etwa ergibt, daß eine Privatperson die von ihnen abgelehnte Anklage mit Erfolg durchführt." Anderseits aber muß der Zweck der Strafrechtspflege unendlich dabei gewinnen, wenn auf ihren Gang im Ganzen mehr Rücksicht genommen wird, und wenn die Staatsanwaltschaft dadurch, daß sie die kleinlichen Verfolgungen bei Seite läßt, die Energie der Strafverfolgung dort concentrirt, wo ein wahres Bedürfniß darnach vorhanden ist. Zu Statten kommt dem öffentlichen Interesse ferner, daß der Staatsanwalt die Anklage im Stillen reifen lassen, den Moment ruhig abwarten kann, wo sie am ehesten Erfolg verspricht. Aber auch der Beschuldigte kann nur gewinnen, wenn ihm ein wahrhaft unbefangener Richter und ein Strafverfahren gesichert ist, das nicht von vornherein genöthigt wird, auf einige der charakteristischen Merkmale des juristischen Processes zu verzichten; er kann nur dabei gewinnen, wenn er von der öffentlichen Meinung als vom Staatsanwalt

beſchuldigt und angeklagt, nicht als vom Richter für beſchuldigt erklärt, daſteht.

Wie viel endlich an Arbeitskraft, Zeit- und Geldaufwand geſpart wird, wenn eine Anzahl von Criminal-Proceſſen dadurch entfällt, daß der Staatsanwalt aus der Anzeige ſelbſt, oder durch ſummariſche polizeiliche Erhebungen ſich die Ueberzeugung verſchafft, es ſei kein genügender Grund zur Einleitung der Unterſuchung vorhanden und daß er auch den eingeleiteten Proceß auf dasjenige beſchränkt, was nach der Ausſicht auf Erfolg, nach dem Einfluß, den es auf den Gang der Sache zu üben vermag und nach ſeiner Wichtigkeit zu dem anzuwendenden Apparat im richtigen Verhältniſſe ſteht — braucht kaum geſagt zu werden.

Als Reſultat unſerer Unterſuchung ſtellen ſich alſo folgende Sätze dar: Das Recht der Anklage ſteht ſowohl dem Staatsanwalte als auch demjenigen zu, welcher durch das Verbrechen in einem rechtlichen Intereſſe verletzt wurde. Ohne Anklage darf das Gericht keine Unterſuchung beginnen; es hat daher die bekannt werdenden Spuren eines Verbrechens lediglich dem Staatsanwalt mitzutheilen, und darf nur, wo Gefahr am Verzuge haftet, ohne deſſen Antrag die erſten Unterſuchungsſchritte thun; jedenfalls aber iſt die Unterſuchung ſofort einzuſtellen, ſo wie feſtſteht, daß ſie gegen den Willen des Anklägers geführt wird. Der mündlichen Verhandlung dient die ſchriftliche Anklage zur Grundlage, über deren Zuläſſigkeit das Gericht nur auf Antrag des Angeklagten eine (vorläufige) Entſcheidung fällt.

B.

Replik wider Freiherrn von Groß [1]).

(Die Strafrechtspflege in Deutschland. IV. [1861.] S. 29 ff.)

Vor Allem habe ich meinem verehrten Gegner, Herrn Dr. von Groß, dafür zu danken, daß er meine Anträge als ein Ganzes genommen und dargestellt, wodurch allein schon klar geworden sein dürfte, daß sie nach keiner Seite hin tendenziös sind, daß ich weder im Sinne hatte, unter dem Scheine der Bekämpfung des „Anklagemonopols" der Staatsanwaltschaft einen Angriff gegen die Staatsanwaltschaft selbst zu führen, noch daran arbeiten möchte, die Strafrechtspflege im Interesse der Staatsanwaltschaft vom Boden der Legalität auf den der Opportunität zu übertragen. Worauf es mir ankommt, das ist, daß die Staatsanwaltschaft einen bestimmten, nach außenhin deutlich abgegränzten Wirkungskreis, daß sie Befugnisse und Pflichten erhalte, über welche sie selbst sich klar ist, und welche auch den Anderen klar sind.

Daß dieser Zustand bis jetzt nicht erreicht sei, scheint mir unverkennbar: es würde das schon die unruhige Bewegung der Literatur und der heftige Widerstreit der Meinungen, welcher am Juristentage hervortrat, beweisen, wenn es nicht genügend wäre, einen Blick auf die Hauptlineamente der Stellung der Staatsanwaltschaft zu werfen.

Wie ich die Dinge auffasse, rührt die Verwirrung daher, daß die thatsächlichen Zustände theils nicht klar hervortreten, theils auf die Principien, auf denen sie allein rechtlich beruhen können, nicht mit Bestimmtheit zurückgeführt werden. So kommt es, daß dasjenige, was besteht, von einem trügerischen Schein umhüllt ist, welcher nicht selten die Verantwortlichkeit verrückt, und fehlende Garantien gerade da am wenigsten

[1]) Herr Oberstaatsanwalt Freih. v. Groß hatte in seiner Zeitschrift „Die Strafrechtspflege in Deutschland" den Aufsatz: „Das Princip der Strafverfolgung" besprochen, später aber in derselben Zeitschrift der vorliegenden Replik Raum gegeben, welche hier mit den Bemerkungen abgedruckt wird, mit welchen er sie dort begleitete.

vermissen läßt, wo sie am nothwendigsten wären. So ist scheinbar der Theil des Verfahrens, wo der Staatsanwalt die einflußreichste und glänzendste Stellung einnimmt, wo er als Partei vor dem Richter auftritt, als Ankläger dem Angeklagten sich gegenüber stellt, die Hauptverhandlung; scheinbar müßte, wenn ein Unschuldiger verfolgt und verurtheilt, ein Schuldiger wegen Lässigkeit der Anklage freigesprochen wird, die Verantwortung vorzugsweise auf ihm lasten. In der That ist dies aber nur insofern wahr, als die Natur der Dinge sich mit einer Macht zur Geltung bringt, welcher die unseren Strafproceßgesetzen zu Grunde liegende Theorie zu widerstehen nicht vermag.

Theoretisch aufgefaßt, leiht der Staatsanwalt der Anklage nur seinen Namen und seinen Mund; Inhalt und Formulirung derselben gehen von einem Gerichte aus, dessen Entscheidungen für ihn nach allen Seiten hin bindend sind, wenigstens in dem Moment noch, wo die Hauptverhandlung beginnt; denn es ist dem Staatsanwalt nicht einmal gegönnt, in der einfachen Lage zu bleiben, daß er das Organ einer zwar nicht von ihm ausgehenden, aber für ihn bindenden Anklage wäre, welche er, der Vertheidigung gegenüber, zwar nur mit erlaubten Mitteln, aber mit dem Aufwand seiner ganzen, nur nach dieser Seite hin concentrirten Kraft zu vertreten hätte; er wird vielmehr plötzlich dem Richter insofern gleich gestellt, als von ihm verlangt wird, er solle mit gleicher Unparteilichkeit was für und was wider den Angeklagten spricht, nicht blos innerlich erwägen, sondern auch nach außen hin darlegen. Und er kann sich den momentanen Eindrücken um so unbefangener hingeben und denselben Worte leihen, weil diese letzteren gar keine bindende Kraft und Bedeutung haben, weil aus ihnen dem Gegner kein Recht, der Anklage kein Präjudiz erwächst, weil der Richter verurtheilen kann, wo der Ankläger die Anklage für unbegründet erklärt. So sonderbar dies Alles wäre, so könnte man sich noch dabei beruhigen, indem man als Ankläger die Anklagekammer des Gerichts, den Staatsanwalt aber als einen Referenten, als ein mit einem bloßen Informativvotum ausgerüstetes Mitglied des Richtercollegiums sich denkt. Allein, wie bereits bemerkt, verhält es sich thatsächlich doch anders; die Geschwornen, die Richter, die Staatsanwälte selbst fühlen es, daß das Wort, welches der Staatsanwalt zu Gunsten des Angeklagten spricht, nicht so ungehört verhallen kann, daß es factisch, daß es moralisch bindet, wenn es auch rechtlich ohne Bedeutung ist. Der Staatsanwalt weiß und fühlt

es also, daß er seinen Zweifel an der Schuld des Angeklagten nicht laut werden lassen kann, ohne dem Urtheil des Richters vorzugreifen, ohne der Sache zu präjudiciren, als deren Vertreter er sich doch eigentlich betrachtet; er weiß es, daß er eine Sache für verloren erklärt, schon indem er sie als zweifelhaft „der Weisheit des Gerichtes anheimstellt," während er sich doch sagen muß, daß er zu solchem Aufgeben der ihm anvertrauten Sache nicht durch den bloßen Zweifel an der Schuld, höchstens erst durch die Wahrscheinlichkeit der Unschuld des Angeklagten, ermächtigt wäre[2]). So fühlt er sich als Partei auf Einseitigkeit hingewiesen, und er plaidirt oder requirirt und kann doch nicht hindern, daß man glaube, er spreche unparteiisch und unbefangen seine volle innere Ueberzeugung aus, er spreche nicht wie ein Advocat, sondern wie ein Richter; ja es bleibt ihm selbst unbenommen, sich auf diese seine theoretische Unbefangenheit noch zu berufen.

Gerade umgekehrt, aber in gleicher Weise verworren, ist das Verhältniß des Staatsanwaltes zur Voruntersuchung. Dort steht er theoretisch ganz im Hintergrund; denn die Voruntersuchung ist ja rein inquisitorisch. In der That aber ist sein Einschreiten daselbst ein viel energischeres, weil sich der Beschuldigte demselben nicht sofort entgegenstemmen kann. Dies tritt aber ganz in den Hintergrund gegenüber dem Hauptpunkt, daß gegen den Willen des Staatsanwalts keine Untersuchung eingeleitet werden darf. Hier hat also der Staatsanwalt ein entscheidendes Wort zu sprechen, ein Wort, welches den Richter vermöge der formellen Berechtigung der Staatsanwaltschaft bindet, ohne daß er berechtigt ist, die Gründe, von welchen diese geleitet wird, zu prüfen. Scheinbar allerdings sind damit nur die richterlichen Geschäfte zwischen verschiedene Personen getheilt; in der Sache ist nichts geändert, denn der Staatsanwalt ist ja gleich dem Richter an das Princip der Legalität gewiesen, für Beide gilt dasselbe Strafgesetz und sowie dem Untersuchungsrichter des ehemaligen Inquisitionsprocesses legen jetzt dem Staatsanwalt die Gesetze die „bestimmte Pflicht" auf, „Amtshalber dafür zu sorgen, daß für Verbrechen, die zu seiner Kenntniß kommen, die Schuldigen bestraft werden." So wird uns versichert; allein bei

[2]) Gegenbemerkung des Hrn. Dr. v. Groß: Sind die Zweifel an der Schuld des Angeklagten wirklich erhebliche und erscheint somit der Belastungsbeweis als nicht geführt, so ist allerdings der Staatsanwalt ermächtigt und verpflichtet, das „Nichtschuldig" zu beantragen.

genauerer Betrachtung zeigt sich, daß zwischen der Stellung des Richters und der des Staatsanwalts ein wesentlicher Unterschied bestehe. Für den Richter fällt bekanntlich überall, wo das Gesetz die Vornahme eines bestimmten Actes nicht seinem Ermessen anheimgestellt hat, die Verpflichtung und die Berechtigung hiezu in Eins zusammen; legt das Gesetz also die Entscheidung über die Einleitung eines Criminalprocesses in seine Hand, so muß er den Criminalproceß eröffnen, sowie an ihn eine Anzeige gelangt, welche er nicht sofort als in factischer oder rechtlicher Hinsicht unbegründet bestimmt zu erkennen vermag.

Jede Andeutung, daß möglicherweise ein Verbrechen begangen sein könne, welches unter seine Gerichtsbarkeit fällt, genügt, seine Thätigkeit in Bewegung zu setzen; er muß sofort die Spuren des Verbrechens, wie unbestimmt sie auch immer seien, berücksichtigen, und sie so lange verfolgen, bis der Sachverhalt hinlänglich aufgeklärt ist, um über denselben mit juristischer Sicherheit aburtheilen zu können. Dies ist feststehendes Princip, und dem Untersuchungsrichter gestatten, davon abzuweichen, heißt offenbar, ihn aus seiner richterlichen Stellung heraustreten lassen.

Bekanntlich aber nimmt der Staatsanwalt gegenüber den an ihn gelangenden Anzeigen eine ganz andere Stellung ein. Ich halte mich in dieser Beziehung an das unverfänglichste Zeugniß, an das des Herrn O.-St. von Groß. Nach ihm hat der Staatsanwalt die Anzeige in folgenden Fällen zurückzulegen:

1. Wenn „eine Anzeige ihm von vornherein unglaubwürdig oder sie durch Beweismittel nicht gehörig unterstützt" ist.

Schon hier zeigt sich eine wesentliche Differenz; denn wenn wir auch annehmen, daß der Staatsanwalt die Anzeige als „durch Beweismittel nicht gehörig unterstützt" erst dann ansieht, wenn eine von ihm hervorgerufene polizeiliche Erhebung ein negatives Resultat lieferte, so bleibt doch noch übrig, daß er ohne eine solche Erhebung, ohne irgend etwas zu thun, um sich von der Wahrheit der angezeigten Thatsachen zu überzeugen, die Anzeige verwerfen kann, blos weil sie ihm persönlich unglaubwürdig erscheint[8]).

[8]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Es muß natürlich hier vorausgesetzt werden, daß der Staatsanwalt im concreten Falle von vornherein guten Grund hat, die Anzeige für unglaubhaft zu halten.

2. Soll der Staatsanwalt, indem er „über Einleitung eines Strafprocesses selbstständig zu befinden" hat, „die Rücksicht auf Festhaltung des richtigen Verhältnisses zwischen den aufzuwendenden Mühen und Kosten und dem zu erzielenden Resultate beobachten" [4]).
3. Hat er „über Art und Zeit seines Angriffs nach processualischen Zweckmäßigkeitsrücksichten Beschluß zu fassen," d. h. er hat das Recht, eine Anzeige, die ihm keineswegs unglaubwürdig erscheint, so lange unberücksichtigt zu lassen, als ihm dies „die Taktik der Proceßführung" räthlich erscheinen läßt [5]).
4. Er soll „nur dann Anzeigen an die Gerichte gelangen lassen, wenn er diese Anzeigen für erheblich erachtet," und Dr. von Groß bezieht diesen Ausdruck nicht auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines Erfolges, sondern „auf die Bedeutung der angezeigten Verbrechen im Verhältniß zur allgemeinen Rechtsordnung," d. h. er soll eine Handlung, welche nach seiner Ansicht ein Verbrechen (also im Sinne des Gesetzes ein Bruch der öffentlichen Rechtsordnung) ist, unverfolgt lassen, weil er über diesen Punkt und für diesen Fall anderer Ansicht ist, als das Gesetz [6]).
5. Ferner hat der Staatsanwalt jede Anzeige, obgleich nach seiner Ansicht keiner der vorstehend angeführten Gründe dafür spricht, zurückzulegen, lediglich, weil es ihm der Justizminister be-

---

[4]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Festzuhalten ist, daß es sich nur um die Art der Proceßführung, nicht um die Disposition über ein Strafrecht handeln soll. Beispielsweise wird kein Staatsanwalt auf den angeregten Verdacht einer Vergiftung eine kostspielige Leichenausgrabung mit Section und chemischen Untersuchungen beantragen, wenn in Bezug auf den subjectiven Thatbestand gar keine Indicien vorliegen, bezüglich in Aussicht stehen; oder wenn z. B. die Vermuthung vorliegt, daß der Thäter des indicirten Mordes inzwischen verstorben sei.

[5]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. So ist z. B. nach einem größeren Geld-diebstahl meist räthlich, nicht sofort gegen einen Verdächtigen, der sich noch sicher glaubt, einzuschreiten, sondern einige Zeit abzuwarten, ob derselbe sich nicht durch auffallende Geldauslagen compromittiren werde.

[6]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Wir sind hier von dem geehrten Herrn Verfasser nicht richtig verstanden worden. Wir haben hervorgehoben, daß die meisten Gesetze den Staatsanwalt ermächtigen, nur solche Anzeigen, die ihm erheblich scheinen, an das Gericht gelangen zu lassen. Eventuell haben wir befürwortet, daß dem Staatsanwalt diese Ermächtigung (die wir selbst nur als eine Anwendung des Grundsatzes: „minima non curat praetor" definirt und begrenzt wissen wollen) durch das Gesetz ertheilt werde. Unter solchen Voraussetzungen wird aber die fragliche discretionäre Gewalt zu einer vollständig legalen.

fiehlt, gleichviel übrigens, ob dieser dabei von materiell richtigen oder unrichtigen Gründen sich leiten läßt, da seine Verfügung formell den Staatsanwalt und also indirect auch das Gericht bindet [7]).

Muß man nicht, indem man diese Aufzählung übersieht, zu der Ueberzeugung gelangen, daß die Initiative in der Hand des Staatsanwaltes etwas wesentlich Anderes sei, als in der des Gerichtes, daß der Staatsanwalt berechtigt und verpflichtet sei, aus Gründen der Zweckmäßigkeit, die Verfolgung eines Verbrechens gänzlich, oder für unbestimmte Zeit, unmöglich zu machen, also sich nicht blos als „den mit der Gesetzes-Handhabung beauftragten Beamten" zu betrachten, sondern „vom Opportunitätsstandpunkte aus die Anwendung des Gesetzes in Frage zu ziehen" und zwar „durch ein souveränes Beurtheilen nach subjectiven Eingebungen?" [8])

Soll nun (da es bekanntlich das charakteristische Merkmal des Rechts ist, daß es sich mit Nothwendigkeit durchsetzt, gleichviel ob dies im gegebenen Falle leicht oder schwer, zweckmäßig oder unzweckmäßig ist) in diesem Sinne die Legalität bewahrt werden; soll der Staatsanwalt an das Strafgesetz in derselben Weise, wie der Richter gebunden sein: dann muß er jede Anzeige einer unter das Strafgesetz

---

[7]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Dies ist aber doch kein besonderer Fall, da wir deducirt haben, daß die Disposition des Justizministers über das Strafrecht des Staats materiell nicht weiter gehe, als die des Staatsanwalts.

[8]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Wir müssen dies bestreiten. Nur die vorstehend unter 4) vom Herrn Verfasser erwähnte discretionäre Gewalt des Staatsanwalts gibt ihm eine eigentliche, wenn auch sehr beschränkte Disposition über das Strafrecht, während die unter 1—3 aufgeführten Befugnisse sich nur auf die Art der Proceßführung beziehen. Der Unterschied der beiderseitigen Ansichten tritt nun in Folgendem hervor: Wir wollen jene Ausnahme, als solche nur auf minima beschränkt, zulassen (exceptio firmat regulam!). Herr Dr. Glaser will das, was wir als solche Ausnahme statuiren, als allgemeine Regel für das ganze Proceßgebiet hinstellen.

Was nun jene unter 1 4 erwähnten Befugnisse anlangt, so sind dieselben in innerer Nothwendigkeit mit dem Recht der Initiative verbunden. Wenn man daher dies Recht den Gerichten ganz allgemein statt der Staatsanwaltschaft übertragen will, so wird man bald gewahr werden, daß die Gerichte auch die Ausübung jener Befugnisse in vielen Fällen gar nicht werden umgehen können. Sie sind dann eben erst selbst die Ankläger, die als solche auch operiren müssen, und dann zugleich Gerichte. Also nicht die vollständige Beseitigung jener Befugnisse wird durch eine veränderte Uebertragung der Initiative erreicht. Wohl aber muß anerkannt werden, daß jene Befugnisse sich mit der Natur und der Thätigkeit von Gerichten nicht vertragen, daß letztere daher auch dieselben mangelhaft und mit weniger Freiheit, als nothwendig ist, handhaben werden, kurz, daß es unstatthaft ist, die Gerichte in die Nothwendigkeit zu versetzen, jene Befugnisse mit in ihren Berufskreis aufnehmen zu müssen.

fallenden That anrechnen, wenn er nicht die Ueberzeugung von ihrer Unwahrheit erlangt hat: der Kriminalrath, sein Verhältniß zu der Bedeutung des Delicts und zu der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Resultats, das alles sind Zweckmäßigkeits-, sind Opportunitätsrücksichten, die für ihn so wenig existiren dürfen, als ihm gestattet sein kann, eine Handlung, die unter das Strafgesetz fällt, für unerheblich zu erklären. Unter solchen Umständen ist aber auch nicht abzusehen, zu welchem Zweck dem Justizminister überhaupt gestattet sein soll, auf diesen Zweig der staatsanwaltschaftlichen Thätigkeit Einfluß zu üben; ja, wenn es sich um Wahrung der Legalität und nur darum handelt, so ist schwer zu erklären, warum das Geschäft einem Administrativbeamten übertragen, warum es nicht einer blos vom Gesetz abhängigen, einer richterlichen Person, etwa einem von dem Untersuchungsrichter verschiedenen Mitgliede des Gerichts zugewiesen wurde?

Allein der Gegensatz, der hier besteht, ist eben gar nicht der von Legalität und Willkür, sondern derselbe, welcher überhaupt zwischen der Behandlung von Justiz- und Administrativgeschäften besteht. Die Entscheidung über die Einleitung eines bestimmten Criminalprocesses ist nun eben factisch Administrativangelegenheit[9]) geworden, und meine Schrift über das „Princip der Strafverfolgung" beruht auf der Voraussetzung, daß es am sachgemäßesten wäre, den wirklich bestehenden Zustand sich vollkommen klar zu machen und ihn auf Principien zurückzuführen, welche ihn allein rechtfertigen können, und welche unausgesprochen in ihm bereits ihre Anerkennung gefunden haben [10]).

So allein wird es möglich, einerseits die Inconsequenzen zu beseitigen, welche bei der gegenwärtigen Ordnung der Sache die Staatsanwaltschaft innerlich in ihrem Wirken beirren und sie nach außen hin nicht selten in einem falschen Lichte erscheinen lassen, — andererseits aber auch offen und unverholen diejenigen Garantien zu fordern, die Angesichts der großen Gewalt, welche die Staatsanwaltschaft thatsächlich, gleichviel ob im Einklang oder im Widerspruch mit der Theorie, besitzt, als dringend geboten erscheinen. Alles dies wird nun auf dem

---

[9]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Es ist hier nicht sowohl eine administrative, als vielmehr eine „anwaltliche" Thätigkeit in Frage, also immerhin eine justizmäßige, wenn auch keine richterliche Thätigkeit. So soll auch unseres Erachtens der Staatsanwalt zwar kein Richter, wohl aber ein Justizbeamter sein.

[10]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Nicht aus den Ausnahmen, sondern aus der Regel soll man die Principien ableiten.

von mir eingeschlagenen Wege erreicht. Ich gehe von der Voraussetzung aus, daß das Recht, die Verfolgung wegen eines bestimmten Verbrechens eintreten zu lassen, ein Recht der Staatsgewalt sei, ein Recht, welches zwar auf ihrer staatsrechtlichen Verpflichtung beruht, für eine geordnete, wirksame Strafrechtspflege Sorge zu tragen, von welchem sie jedoch nur denjenigen Gebrauch macht, den sie nach pflichtmäßiger, aber die verschiedenartigsten Rücksichten umfassender Erwägung angemessen findet. Dieses Hoheitsrecht manifestirt sich schon jetzt in vier im Wesentlichen allseitig anerkannten Befugnissen:

a) In der formell unbeschränkten Disposition über die Einleitung des Processes;

b) in dem Recht zur Abolition des Processes;

c) in dem Recht der unbeschränkten Verfügung über die Rechtsmittel, wodurch der Prüfung des höheren Gerichtes die ganze Rechtssache, oder auch nur diese oder jene Seite derselben entzogen und eine formelle Rechtskraft begründet wird, wider welche die entgegengesetzte Ansicht der Berufungsbehörde weiter gar nicht in Betracht kömmt;

d) in dem Begnadigungsrecht, kraft dessen die Staatsgewalt sich über das formell rechtskräftige Erkenntniß des Gerichtes hinaussetzen und nach eigenem Ermessen verfügen kann, daß ein in feierlichster Form constatirtes Verbrechen ganz oder theilweise straflos bleibe.

Wenn es auch wahr ist, daß diese Befugnisse nicht alle in derselben Weise ausgeübt werden, daß der Krone die letzte Entscheidung über die Begnadigung und meistens auch die über die Abolition vorbehalten ist, so ändert doch dies nichts daran, daß auch in solchen Fällen aus für den Richter nicht existirenden Gründen unabhängig von richterlicher Prüfung, im Verwaltungswege verfügt wird. Selbst da, wo, wie im preußischen Recht, die Abolition nur mit Zustimmung des Landtages erfolgen kann, handelt es sich immer um einen Eingriff in die sonst unabhängige richterliche Gewalt, wie er zum Nachtheil des Angeklagten nicht erfolgen könnte, wie er überhaupt nicht denkbar wäre, wenn nicht eben die Krone im Wesentlichen als dominus litis im Criminalproceß anerkannt wäre, wenn nicht eben principiell die richterliche Gewalt auf das Gebiet eingeschränkt wäre, welches zwischen der Krone als Ankläger

und dem seine Unschuld (wirklich oder auch nur vermöge einer gesetzlichen Fiction) behauptenden Angeklagten streitig ist.

Wird also diese Stellung der Staatsregierung und ihrer Organe gegenüber den Strafgerichten, wie sie anerkanntermaßen besteht, auf ihr Princip zurückgeführt [11]), so genügt in der That eine einzige noch zu ziehende Consequenz, ein Schritt aus dem Systeme der jetzt geltenden Strafproceßordnungen heraus, um volle Klarheit über die Stellung der Staatsanwaltschaft zu verbreiten: es müßte der Einrichtung ein Ende gemacht werden, vermöge deren die Gerichte, die von der Staatsanwaltschaft zwar erhobene, aber später fallen gelassene öffentliche Anklage selbst aufrecht erhalten und unter rein formeller, durch das Gesetz erzwungener Mitwirkung des Anklägers den Proceß fortführen können. Absichtlich mißbraucht könnte gerade diese Befugniß der Staatsanwaltschaft am wenigsten werden; nimmt der Staatsanwalt oder die Regierung in ungebührlicher Weise für einen Verbrecher Partei, so bietet das schon jetzt zur Verfügung stehende Recht der Dispositon über die Einleitung des Processes viel bequemere Anhaltspunkte. Wie groß aber die Vortheile wären, welche aus der Einräumung jenes Rechtes für die Läuterung des Proceßprincips, für die Klarheit und Einfachheit des Proceßganges, für die Aufhellung der Lage der Staatsanwaltschaft, endlich für die Unbefangenheit des Gerichtes erwachsen würden, braucht nicht erst ausgeführt zu werden. Aber freilich müßten alle diese Vortheile unbedenklich geopfert werden, wenn es wahr wäre, daß unter einer solchen Einrichtung die Gerechtigkeit leiden würde. Dies wäre nun allerdings der Fall, wenn die Gerechtigkeit wirklich die rücksichtslose und unbedingte Anwendung des Strafgesetzes auf jeden Fall, wo dasselbe übertreten worden, ferner die unaufhaltsame Hervorsuchung jedes solchen Falles fördern würde.

Wir glauben aber nicht, daß dem so sei; und zu allen Zeiten wurde das Recht zu strafen, als ein Recht der Staatsverwaltung angesehen, das sie aus guten Gründen auch unbenutzt lassen kann; zu allen Zeiten sah man in der Strafe nur ein Mittel, welches der Staatsgewalt bei ihrem Streben nach Aufrechthaltung des öffentlichen Rechtszustandes

[11]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Wir statuiren das entgegengesetzte Princip. Die Staatsregierung inclusive der Krone disponiren der Regel nach nicht über das Strafrecht des Staats. Das Recht der Abolition und der Begnadigung charakterisirt sich schon dadurch, daß es der höchsten Stelle reservirt ist, nur als das Recht, Ausnahmen zu machen.

zur Verfügung gestellt ist, — ein Recht, bei dessen Gebrauch sie allerdings an den Ausspruch der Gerichte gebunden ist, dessen Nichtgebrauch aber lediglich durch ihr eigenes Ermessen bestimmt wird. Wenn in unseren Einrichtungen Manches sich findet, was hiermit in Widerspruch steht, so darf man eben nicht übersehen, daß dies von der Jahrhunderte langen Vereinigung des Ankläger- mit dem Richteramte herrührt, vermöge dessen es allzubedenklich gewesen wäre, regelmäßig wiederkehrende Einwirkungen der Verwaltung und selbst des Cabinets in den Gang einzelner Criminalprocesse zuzulassen. Jetzt aber, wo das Interesse der Verwaltung am Criminalproceß, wo die aus der Stellung als dominus litis erwachsenden Befugnisse durch eigene Verwaltungsbeamte gewahrt sind (denn absetzbare, versetzbare und an die Weisungen ihrer Vorgesetzten unbedingt gebundene Beamte, wie die Staatsanwälte, sind ja doch Verwaltungsbeamte, wenn man sie auch in Frankreich Magistrate nennt), jetzt sind alle jene Gründe weggefallen, und jetzt hat sich auch das thatsächliche Verhältniß ohnehin schon ganz anders gestaltet. Ein Rechtsgrund dafür, daß man gerade da stehen bleibe, wo man zufällig eben steht, kann doch wohl nicht geltend gemacht werden. Es gibt allerdings Strafrechtstheorien, nach welchen die Strafe in der Weise eine religiöse, sittliche, juristische oder logische Nothwendigkeit ist, daß die Obrigkeit ihre Pflicht verletzt, wenn sie auch nur ein ihr bekannt gewordenes Verbrechen straflos läßt. Stellt man sich auf den Standpunkt dieser Theorien, mit welchen freilich schon das Begnadigungsrecht schwer in Einklang zu bringen ist, wie es denn auch in der That bezüglich der sogenanten delicta juris divini einst in Abrede gestellt wurde, so kann man den Einfluß, welchen die Verwaltung jetzt auf die Strafrechtspflege übt, so kann man namentlich die Stellung, die sie beim Beginn der Untersuchung einnimmt, unmöglich billigen; man muß dann verlangen, daß die Geschäfte und Befugnisse, welche jetzt Staatsanwälten übertragen sind, in die Hände von richterlichen, d. i. von unabhängigen nur an das Gesetz und ihre Ueberzeugung gewiesenen Beamten, übergehen. Will man dies nicht, so stelle man den Staatsanwalt offen als dasjenige hin, was er factisch bereits ist, als den Träger der umfangreichen Befugnisse, welche der Krone als dominus litis im Criminalproceß zukommen. Man räume ihm die hieraus erwachsenden Rechte in vollem Umfange ein; man lege ihm dagegen aber auch die volle Verantwortung auf für den Gebrauch, den er von diesen Rechten macht,

und man suche, da sich nicht verkennen läßt, daß die Organe der Staatsverwaltung dieses Recht, sowie andere, auch mißbrauchen können, nach Schutzmitteln gegen solchen Mißbrauch.

Diese Betrachtung war es eben, welche den am Juristentag ausführlich besprochenen Vorschlag hervorrief, der als ein Angriff auf das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft, fast sogar als ein Angriff auf die Staatsanwaltschaft selbst [12]), angesehen und bekämpft worden ist. Die ganze vorausgegangene Darstellung hat nämlich nur so weit Berechtigung, als es wahr ist, daß es sich im Criminalprocesse nur um das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Delicte handelt. Die Wahrung der öffentlichen Angelegenheiten muß nämlich begreiflicherweise der Staatsverwaltung überlassen bleiben, dagegen kann keinem Privaten zugemuthet werden, die Geltendmachung seiner Rechtsansprüche von der Willkür und dem Ermessen der Verwaltung abhängen zu lassen, und auf die Erlangung eines Richterspruchs über dieselben zu verzichten. Ueberall, wo ein berechtigtes Privatinteresse besteht, verlangt das Rechtsbewußtsein der Gegenwart auch, daß dasselbe gerichtlich geltend gemacht werden könne. Es versteht sich also von selbst, daß eine Abweichung von den früher entwickelten Grundsätzen für jene Fälle als unerläßlich angesehen werden muß, wo an die Führung und Durchführung eines Criminalprocesses ein solches berechtigtes Privatinteresse geknüpft ist. Dies aber, daß es nämlich sich im Criminalprocesse auch um die Geltendmachung eines berechtigten Privatinteresse handeln könne, wird gewöhnlich entweder überhaupt nicht, oder doch nur für einen ziemlich engbegrenzten Kreis von Delicten zugegeben, indem man sich

[12]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Dies ist von den anwesenden Beamten der Staatsanwaltschaft unseres Wissens nicht oder nur ausnahmsweise geschehen, wie schon daraus hervorgeht, daß eine ganze Anzahl von Staatsanwälten und Oberstaatsanwälten sich als Anhänger des ersten Lewald'schen Antrages bekannten. Auch war das dem Antrag zu Grunde liegende Mißtrauen nicht gegen die Staatsanwälte, sondern gegen die Justizminister gerichtet.

Wollte man bei solch einer Untersuchung überhaupt nach dem Corporations-Interesse der Staatsanwaltschaft fragen (was wir nicht empfehlen können), so würde man zu dem Resultate kommen, daß diesem die Annahme des gedachten ersten Lewald'schen Antrags nicht entgegen sein würde. Die Existenz der subsidiären Privatanklage würde den Staatsanwälten eine willkommene Beruhigung bei Abweisung von Denuncianten sein. Auch würde die Thätigkeit der Privatankläger schwerlich einen ungünstigen Vergleich für Beurtheilung der Thätigkeit der Staatsanwälte darbieten. Die leidenden Theile bei jenem Antrag (wenn man von solchen reden will) sind nicht die Beamten der Staatsanwaltschaft, sondern die Untersuchungsrichter und die Angeschuldigten.

eben darauf stütze, daß die öffentliche Natur der Strafe der Grundgedanke sei, auf dem das gesammte moderne Criminalrecht beruht.

Allein diese ganze Argumentation dreht sich immer im Kreise — Grund und Begründetes sagen eigentlich dasselbe. Dem Ganzen liegt offenbar eine Umkehrung des wahren Verhältnisses zu Grund; es ist *wahr*, daß die Grenze zwischen dem Criminal- und dem Civilunrecht eben nur darin gefunden werden kann, daß das erstere, über den Kreis des Privatrechts hinausgreifend, ein öffentliches Interesse, eine Störung des öffentlichen Rechtszustandes enthält. Es kann also nichts in das Bereich des Strafrechts fallen, was jenes Merkmal: Verletzung des öffentlichen Interesse, nicht an sich trägt. *Umgekehrt* aber ist es sehr leicht denkbar, ja es ist sogar anerkanntermaßen die Regel, daß mit dem öffentlichen Interesse zugleich irgend ein Privatinteresse verletzt wird; es ist also nicht zu vermeiden, daß in das Bereich des Strafrechts Verletzungen von Privatinteressen mit hineinfallen, daß wenigstens gleichzeitig auch für sie Genugthuung zu erwirken ist.

So weit das verletzte Privatinteresse in einer vermögensrechtlichen Forderung zur Geltung gebracht wird, ist das Bedürfniß nach Regelung des gegenseitigen Verhältnisses aller Orten anerkannt; es ist freilich auch sehr bald gesagt, daß die Entschädigungsforderung des durch ein Verbrechen Verletzten auf dem Civilrechtswege geltend zu machen sei. Allein die meisten Gesetzgebungen haben eine so schroffe Sonderung der beiden Processe nach Kräften zu vermeiden gesucht. Es ist weder zweckmäßig noch auf die Länge mit dem Ansehen der Gerichte vereinbar, es zu gestatten, daß eine und dieselbe Frage, die Frage nämlich, ob von einer bestimmten Person eine bestimmte strafbare Handlung verübt worden sei, zweimal der Gegenstand der Erörterung und Entscheidung vor ganz von einander abweichenden Gerichtsbarkeiten werde [13]). Das bald mehr, bald weniger scharf hervortretende Ergebniß dieser Erwägungen ist daher gewöhnlich, daß der beschädigte Private im Civilproceß, zum Beweis der erwähnten Thatsache, gar nicht zugelassen wird, sofern er ihn nicht durch ein Erkenntniß des Strafgerichts zu führen unternimmt.

[13]) *Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß.* Und dennoch läßt sich dies unter Umständen nicht vermeiden. Wenn ferner die Einleitung des Strafproceßes abgelehnt wird, oder unmöglich ist (z. B. gegen die Erben des Verbrechers), so muß *in jedem Falle* der Verletzte das Recht haben, im Civilproceß seinen Schaden zu verfolgen. Wenn dies Recht, wie es im Folgenden heißt, in Oesterreich beschränkt ist, so ist diese Beschränkung dasjenige, dessen Beseitigung angestrebt werden sollte.

So verhält es sich z. B. nach österreichischem Recht, wo unbedingt der Satz gilt, daß über die Verübung einer strafbaren Handlung durch eine bestimmte Person nur das Strafgericht giltig entscheiden könne.

Der scheinbar so ganz unabhängig auf dem Boden des Civilprocesses stehende Entschädigungsanspruch ist also durchaus abhängig von dem Ausspruch des Strafrichters; mit dem Criminalproceß steht und fällt auch factisch der Entschädigungsanspruch, und es sollte wahr sein, daß es sich dort nur um ein öffentliches Interesse handelt? Bleiben wir beispielweise beim Meineid, auf den sich die Gegner der hier verfochtenen Ansicht so gern berufen, und den auch Herr Dr. v. Groß herbeizuziehen nicht unterläßt! Es ist wahr, daß der Mißbrauch, welchen die deutschen Civilproceß-Einrichtungen namentlich mit dem Haupteide treiben lassen, zu vielen Strafanzeigen Anlaß gibt; wahr ist es auch, daß solche Anzeigen sehr oft der hinlänglichen Begründung entbehren, und daß, wenn ihre Anbringung erleichtert wird, die Criminalgerichte, so zu sagen, die zweite Instanz fast aller Civilprocesse zu bilden haben. Jeder wird es auch gerechtfertigt finden, wenn die Gesetzgebung, sei es durch Reformen im Gebiete des Civilprocesses, sei es durch die durchgreifenden Mittel, deren sich das französische Recht bedient, diesen Uebelständen zu begegnen sucht. Allein, wenn unter anderen Umständen Jemand vermeint, durch einen Meineid, etwa durch den falschen Eid eines Zeugen im Civilproceß, in seinen Rechten gekränkt zu sein, wenn er zu der ihm gebührenden Genugthuung nur durch den Ausspruch des Strafrichters gelangen kann, wenn er glaubt, diesen Letzteren von der Falschheit des geschworenen Eides vollständig überzeugen zu können: kann man es gerecht finden, daß blos weil durch den Meineid, wenn er wirklich begangen wurde, neben dem seinen auch ein öffentliches Interesse verletzt wurde, und weil der zur Wahrung dieses Interesse berufene Beamte sich nicht bestimmt findet, einzuschreiten, daß blos deßhalb ihm jedes gerichtliche Gehör von vornherein versagt wird, und daß somit die Geltendmachung eines concreten Privatrechts der Wirkung nach unbedingt von dem Ermessen eines Administrativbeamten abhängt?

Wäre also auch nur der Entschädigungspunkt, so müßte dieser allein hinreichen, um die unbedingte Disposition des Staates und des Staatsanwaltes über die Eröffnung eines Criminalprocesses als unhaltbar erscheinen zu lassen. Es läßt sich aber gar nicht in Abrede stellen, daß noch andere Interessen in einem Criminalprocesse involvirt sein

können, welche entschiedenen Anspruch auf rechtliche Anerkennung, auf rechtlichen Schutz haben. Historisch läßt sich einmal nicht in Abrede stellen, daß die Strafe ursprünglich bestimmt war, dem Verletzten zu der ihm gebührenden Genugthuung zu verhelfen; sie nahm später einen anderen höheren Charakter an, als man erkannte, daß das Verbrechen nicht blos das Privatinteresse, sondern auch das der Gesellschaft, das des Staates verletze, daß daher auch dem Letzteren eine von dem Begehren des Privaten nicht abhängig zu machende Genugt'uung gebühre. Ob aber damit der ursprüngliche Charakter vollständig verwischt wurde, ob es wahr, und wenn wahr — ob es recht ist, daß an die Stelle der einen Einseitigkeit eine andere getreten, ob es richtig ist und unantastbar feststeht, daß die Strafe nicht neben dem öffentlichen Interesse auch den Anspruch des Privaten auf Genugthuung für die ihm widerfahrene Unbill enthalten soll, ließe sich denn doch noch bestreiten. Die Privatanklage, deren Zulassung die feierliche Anerkennung eines Privatanspruchs auf die durch die Bestrafung zu erlangende Genugthuung ist, war ein Element desselben materiellen deutschen Criminalrechts, welches in ununterbrochener Continuität von der Carolina bis zu dem Zeitpunkte reicht, wo die Theorie den Strahlenkranz vollendet hatte, mit welchem es ihr zu Anfang dieses Jahrhunderts gelang, den exclusiven Inquisitionsproceß zu schmücken. Nicht mit dem materiellen Recht, das ja eben unverändert geblieben war, nur mit dem Proceßrecht war sie nachgerade unverträglich geworden. Auch ist sie nie und nirgend abgeschafft worden, etwa um der schädlichen Folgen willen, die sie hatte; sie ist vielmehr selbst ausgestorben, weil sie unbequem und entbehrlich war neben dem bequemeren und beinahe noch sicherern Weg der Denunciation. Auch die Gesetzgebung konnte sie mit vielem Grund für entbehrlich erklären, so lange jedem Bürger das Recht der Denunciation an einen Richter zustand, der sofort, kraft seines Amtes, den erhobenen Verdacht bis zu dessen völliger Erschöpfung verfolgen mußte. Das aber hat sich denn doch, wie gezeigt wurde, wesentlich geändert; es wäre also wohl noch zu beweisen, daß die öffentliche Strafe, die dem Privaten gebührende Genugthuung nicht blos absorbirt, sondern verdrängt habe, — daß ein solcher Anspruch des Privaten nicht blos für überflüssig, sondern für unzulässig erklärt wurde.

Aber ich kann mich ganz unbedenklich auch auf den Boden stellen, den Dr. v. Groß selbst einnimmt, wenn er sagt: „So wenig die Strafe

für ein begangenes Verbrechen die principielle Bedeutung hat, ein Ersatz für die Rache und eine Genugthuung für den Verletzten und seine Familie zu sein, so wenig läßt sich doch bestreiten, daß die Genugthuung eine der berechtigten Nebenwirkungen der Strafe und insofern ein nicht unwesentliches Moment derselben bildet." Nenne man immerhin die dem Verletzten und seiner Familie gebührende Genugthuung eine „Nebenwirkung der Strafe." Sowie sie nur eine berechtigte ist, d. h., sowie jenen Personen ein Recht auf dieselbe zusteht, — wie will man ihnen zumuthen, sich dabei zu beruhigen, wenn ihnen dieses Recht mit Ausschluß gerichtlichen Erkenntnisses durch den Staatsanwalt und den Justizminister definitiv abgesprochen wird? [14]). Ist es nicht der nächstliegende Gedanke, daß jedes berechtigte Interesse unter den Schutz und unter die Ueberwachung der Gerichte gestellt wird, und müßten nicht wenigstens ganz überwiegende Gründe anzuführen sein, um das Abgehen von diesem natürlichsten Gedanken zu rechtfertigen?

Welches sind nun diese Gründe, die man uns entgegenstellt?

Dr. v. Groß macht folgende geltend: 1) Der Antrag laufe im Wesentlichen nur darauf hinaus, den Gerichten für gewisse Fälle die ihnen nach reiflicher Erwägung aus guten Gründen zu Gunsten der Staatsanwaltschaft abgenommene Initiative wieder zuzuwenden; über die Zulassung von Anträgen müsse immer eine vom Staate eingesetzte Behörde die erste Entschließung haben, es könne sich nur darum fragen, welcher Behörde diese Entschließung übertragen werden soll, ob der Staatsanwaltschaft, oder nur dem Gerichte.

Hierin aber scheint mir ein Trugschluß selbst dann zu liegen, wenn, was ich nirgend gethan habe, die absolute Gleichstellung des Privatanklägers mit dem Staatsanwalt in Bezug auf die Einleitung des

[14]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Es liegt in der Natur eines accessorischen Rechts, daß es nur geltend gemacht werden kann, wenn das Hauptrecht geltend gemacht wird. Das Hauptrecht ist hier das Recht des Staats auf Strafe gegen einen Verbrecher. Die Frage, wer der eigentliche Träger des Rechts auf Strafe, wer das berechtigte Subject sei, ob der Staat, oder der Verletzte, ist durch unser positives Recht und durch den Charakter und die Natur unserer Institutionen entschieden. Der Verletzte ist darnach nur das zufällige Object, an welchem das Verbrechen zur Erscheinung gekommen ist.

Das ist das Resultat, auf welches man bei einer principiellen Construction dieser Frage aus der jetzigen Entwickelung unseres öffentlichen Rechts kommen muß. Neben dieser Prüfung geben wir aber gern zu, daß auch vom reinen Utilitäts-Standpunkt zu erwägen ist, ob der betreffende Vorschlag zu verwirklichen sei. Für diese Utilität haben wir aber bisher noch wenig Durchschlagendes vernommen.

Strafproceſſes gefordert worden wäre. Die Initiative in dem Sinne, in welchen ſie Dr. v. Groß nimmt, iſt dem Gerichte nie genommen worden[15]). Auch den Antrag des Staatsanwaltes auf Einleitung eines Strafverfahrens muß ja doch wohl das Gericht prüfen und es wird demſelben nicht ſtatt geben, wenn es in der angezeigten Handlung den Thatbeſtand eines Verbrechens nicht ſieht, wenn andere geſetzliche Gründe ſich der Einleitung eines Criminalproceſſes widerſetzen, kurz, wenn es den Antrag „nicht genügend begründet findet zur Veranlaſſung einer Unterſuchung.“ Dasſelbe, nicht mehr nicht weniger, könnte für die Anträge der Privatbetheiligten gelten, ohne daß damit den Gerichten eine Initiative zurückgegeben würde, die ihnen mit Recht entzogen wurde; nach wie vor bliebe das Gericht ohne Initiative, da es nicht berechtigt wäre, von Amtswegen auf Gerüchte, Indicien oder Denunciationen hin einen Criminalproceß einzuleiten, ſondern immer einen förmlichen Antrag abzuwarten hätte, welcher nur nach meinem Vorſchlag eben ſo gut vom Privatbetheiligten, wie vom Staatsanwalt ausgehen könnte, — ganz ebenſo, wie Niemand behaupten wird, daß im franzöſiſchen Criminalproceſſe die Initiative auf den Unterſuchungsrichter übergegangen ſei, weil dieſer auf eine Klage (plainte) hin die Unterſuchung eröffnen kann, während er die Denunciation nur berückſichtigen darf, wenn ſie der Staatsanwalt aufnimmt.

Es iſt eben ein großer Unterſchied zwiſchen der Strafklage und der bloßen Denunciation, und es wäre, falls überhaupt die Geſetzgebung auf den hier bezeichneten Weg einginge, ihre Aufgabe, dieſen Unterſchied vollſtändig auszubilden. Der Denunciant wirft dem Staatsanwalt oder dem Gerichte eine Thatſache hin, welche geeignet iſt, den Verdacht eines beſtimmten Verbrechens auf eine beſtimmte Perſon zu lenken. Iſt dieſer Verdacht ſtringent genug, ſo hat der Denunciant ſeinen Zweck erreicht; der Staatsanwalt muß einſchreiten, allerdings nur ſo weit, als der Staatsanwalt überhaupt muß; er muß, wenn ihn nicht etwa die polizeilichen Erhebungen von der Unſchuld des Verdächtigten überzeugen, das Gericht in Bewegung ſetzen. Der Denunciant aber zieht ſich zurück, läßt die Behörden für ſich arbeiten, und es treffen ihn in dem ganzen Proceſſe weder Koſten, noch Unannehmlichkeiten, noch Verantwortung. Der Privatankläger dagegen wird Partei im

[15]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Nur als das Recht der erſten Entſchließung einer Behörde u. ſ. w. konnten wir die Initiative definiren wollen.

Proceß; er steht natürlich, wenn er allein diesen hervorgerufen, dem Gerichte und dem Angeklagten für die Kosten ein. Es versteht sich ferner von selbst, daß das Gericht, ehe es eine Privatanklage annimmt, sich von dem Vorhandensein des rechtlichen Interesse an Erhebung derselben überzeugen muß. Es würde auch nur in der Ordnung sein, wenn das Gesetz dem Ankläger die Verpflichtung auferlegte, seine Klage gleich zu Anfang gehörig zu substantiiren, wie dieß ja auch der Staatsanwalt, auf die polizeilichen Erhebungen sich stützend, thut. Es springt wohl in die Augen, daß zwischen der Zulassung von Privatanklagen in diesem Sinne und der von Denunciationen ein großer Unterschied bestehen würde, gleichviel, ob die Letzteren das Gericht unmittelbar in Bewegung setzen, oder erst auf Requisition und unter Vermittelung des Staatsanwaltes [16]).

2. Dr. v. Groß stellt das praktische Bedürfniß nach der gedachten Neuerung in Abrede. Die Erfahrung des größten derjenigen Staaten, welche er anführt, spricht aber wohl laut genug für das Gegentheil. Auch handelt es sich, wie im Vorstehenden nachgewiesen wurde, gar nicht um ein vereinzeltes praktisches Bedürfniß; es handelt sich um die Sicherung eines Princips, und vor Allem (nach meiner Auffassung) um die Herstellung einer wesentlichen Voraussetzung für die aus anderen Gründen wünschenswerthe Erweiterung der den Staatsanwälten zustehenden Befugnisse, ferner für die daran sich knüpfende Klärung ihrer Stellung. Mag immerhin die Tüchtigkeit und Pflichttreue der Staatsanwaltschaft bewirken, daß die in den Proceßeinrichtungen bestehende Lücke nicht auffällt, es ist doch auch nicht in ihrem Interesse, die Lücke fortbestehen zu lassen. Wie gefährlich es wäre, sich dabei zu beruhigen, mag das Beispiel Oesterreichs beweisen, wo in der That die Initiative nach kurzer Zeit der Staatsanwaltschaft entzogen und dem Gerichte zurückgegeben wurde, nicht weil ein praktisches Bedürfniß sich herausgestellt hätte, sondern weil man es als mit der Gerechtigkeit unverträglich erklären zu können glaubte, die ganze Einleitung des strafgerichtlichen Verfahrens von dem subjectiven Ermessen des Staatsanwaltes abhängen zu lassen.

---

[16]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. In diesem Sinne durfte ich also wohl sagen, daß die Behörden den Denuncianten wehrlos gegenüber stehen, ohne besorgen zu müssen, es werde dasselbe sofort auch auf den Privatankläger bezogen werden.

Der Umstand übrigens, daß ein praktisches Bedürfniß für eine bestimmte Einrichtung nicht spricht, ist sehr schwer zu constatiren; in welcher Lage befänden sich z. B. diejenigen, welche in einem Lande, das noch keine Rechtsmittel hat, deren Einführung erst befürworten sollten, wenn man mit allgemeinen Gründen sich nicht begnügend, den Nachweis eines praktischen Bedürfnisses von ihnen forderte! Selbst ein negatives Ergebniß, wie es z. B. Dr. v. Groß aus Thüringen constatirt, beweist nichts. Die bloße Existenz eines Sicherungsmittels, wie es die Privatanklage für die Rechte des Privatbetheiligten ist, thut schon seine Wirkung. In Schottland betrachtet man eben das als den besten Beweis für die Privatanklage, daß man nur selten von ihr Gebrauch zu machen hat; nur weil die Privatanklage zugelassen ist, hält man es dort für unbedenklich, den Staatsanwalt allein über die Erhebung oder Nichterhebung der Anklage im Namen der Krone entscheiden zu lassen.

3. Als den Hauptgrund gegen die Privatanklage bezeichnet endlich Dr. von Groß den Zusammenhang zwischen dem Princip der Strafverfolgung und dem Princip unseres materiellen Strafrechts. „Das Recht auf Strafe ist nach unserer modernen Staatsentwicklung ein Recht des Staates, nicht ein Recht des einzelnen Verletzten. Unsere Strafen sind keine Privatbußen. Aus diesem Satz folgt für den Strafproceß, daß ein Organ des Staates und nicht der Verletzte die Bestrafung des Verbrechers zu verlangen und zu betreiben hat."

Es ist zwar die Principienfrage schon oben ausführlich durchgesprochen worden; es sei aber doch gestattet, hier kurz noch darauf hinzuweisen, wie in dieser Auffassung Wahres und Falsches sich mischen. Historisch und principiell steht nur fest, daß das öffentliche Interesse die Bestrafung der Verbrechen fordert, und daß daher der Staat für dieselbe Sorge tragen muß, selbst wenn kein Verletzter es verlangt. Daß aber der Verletzte keinen Anspruch auf Genugthuung habe, daß er die Bestrafung gar nicht verlangen könne, das steht keineswegs in gleicher Weise fest. Daraus, daß die Strafe aufgehört hat, bloße Privatbuße zu sein, folgt noch keineswegs, daß nicht auf ihre Verhängung auch ein Privater zu bringen ein Recht habe. Oder waren etwa die nach der Carolina zu verhängenden Strafen Privatbußen?[17])

[17]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Die Weiterentwicklung des materiellen Strafrechts und die des Criminalprocesses haben allerdings nicht überall gleichen Schritt

Nicht aus dem materiellen deutschen Strafrechte und der Geschichte seiner Entwickelung, aus dem Entwickelungsgange des Criminalprocesses ist das factische Verschwinden der Privatanklage zu erklären; eben darum aber entsteht jetzt, wo ein unhaltbares Proceßprincip gefallen ist, und wir die Aufgabe haben, uns von dessen Consequenzen loszumachen, die Frage, ob nicht Grund vorhanden sei, sie wieder aufleben zu lassen?

---

gehalten. Das System der materiellen Privatbußen war in Deutschland schon längst beseitigt, als das System der Privatanklagen noch bestand. Zwischen Letzterem und dem öffentlich gewordenen Strafrechte besteht noch jetzt in England ein künstliches Compromiß. Alles dies widerlegt aber nicht unsere Ansicht, daß das System der Privatstrafen- und das System der Privatanklagen die einander entsprechenden und principiell correspondirenden Stadien des Strafrechts und des Strafprocesses und daß beide auch geschichtlich und ursprünglich zusammen entstanden seien.

XV.

Ueber die Mittheilung von Ergebnissen eines Strafprocesses an Private.

können, welche entschiedenen Anspruch auf rechtliche Anerkennung, auf rechtlichen Schutz haben. Historisch läßt sich einmal nicht in Abrede stellen, daß die Strafe ursprünglich bestimmt war, dem Verletzten zu der ihm gebührenden Genugthuung zu verhelfen; sie nahm später einen anderen höheren Charakter an, als man erkannte, daß das Verbrechen nicht blos das Privatinteresse, sondern auch das der Gesellschaft, das des Staates verletze, daß daher auch dem Letzteren eine von dem Begehren des Privaten nicht abhängig zu machende Genugthuung gebühre. Ob aber damit der ursprüngliche Charakter vollständig verwischt wurde, ob es wahr, und wenn wahr — ob es recht ist, daß an die Stelle der einen Einseitigkeit eine andere getreten, ob es richtig ist und unantastbar feststeht, daß die Strafe nicht neben dem öffentlichen Interesse auch den Anspruch des Privaten auf Genugthuung für die ihm widerfahrene Unbill enthalten soll, ließe sich denn doch noch bestreiten. Die Privatanklage, deren Zulassung die feierliche Anerkennung eines Privatanspruchs auf die durch die Bestrafung zu erlangende Genugthuung ist, war ein Element desselben materiellen deutschen Criminalrechts, welches in ununterbrochener Continuität von der Carolina bis zu dem Zeitpunkte reicht, wo die Theorie den Strahlenkranz vollendet hatte, mit welchem es ihr zu Anfang dieses Jahrhunderts gelang, den exclusiven Inquisitionsproceß zu schmücken. Nicht mit dem materiellen Recht, das ja eben unverändert geblieben war, nur mit dem Proceßrecht war sie nachgerade unverträglich geworden. Auch ist sie nie und nirgend abgeschafft worden, etwa um der schädlichen Folgen willen, die sie hatte; sie ist vielmehr selbst ausgestorben, weil sie unbequem und entbehrlich war neben dem bequemeren und beinahe noch sicherern Weg der Denunciation. Auch die Gesetzgebung konnte sie mit vollem Grund für entbehrlich erklären, so lange jedem Bürger das Recht der Denunciation an einen Richter zustand, der sofort, kraft seines Amtes, den erhobenen Verdacht bis zu dessen völliger Erschöpfung verfolgen mußte. Das aber hat sich denn doch, wie gezeigt wurde, wesentlich geändert; es wäre also wohl noch zu beweisen, daß die öffentliche Strafe, die dem Privaten gebührende Genugthuung nicht blos absorbirt, sondern verdrängt habe, — daß ein solcher Anspruch des Privaten nicht blos für überflüssig, sondern für unzulässig erklärt wurde.

Aber ich kann mich ganz unbedenklich auch auf den Boden stellen, den Dr. v. Groß selbst einnimmt, wenn er sagt: „So wenig die Strafe

für ein begangenes Verbrechen die principielle Bedeutung hat, ein Ersatz für die Rache und eine Genugthuung für den Verletzten und seine Familie zu sein, so wenig läßt sich doch bestreiten, daß die Genugthuung eine der berechtigsten Nebenwirkungen der Strafe und insofern ein nicht unwesentliches Moment derselben bildet." Nenne man immerhin die dem Verletzten und seiner Familie gebührende Genugthuung eine „Nebenwirkung der Strafe." Sowie sie nur eine berechtigte ist, d. h., sowie jenen Personen ein Recht auf dieselbe zusteht, — wie will man ihnen zumuthen, sich dabei zu beruhigen, wenn ihnen dieses Recht mit Ausschluß gerichtlichen Erkenntnisses durch den Staatsanwalt und den Justizminister definitiv abgesprochen wird? [14]). Ist es nicht der nächstliegende Gedanke, daß jedes berechtigte Interesse unter den Schutz und unter die Ueberwachung der Gerichte gestellt wird, und müßten nicht wenigstens ganz überwiegende Gründe anzuführen sein, um das Abgehen von diesem natürlichsten Gedanken zu rechtfertigen?

Welches sind nun diese Gründe, die man uns entgegenstellt?

Dr. v. Groß macht folgende geltend: 1) Der Antrag laufe im Wesentlichen nur darauf hinaus, den Gerichten für gewisse Fälle die ihnen nach reiflicher Erwägung aus guten Gründen zu Gunsten der Staatsanwaltschaft abgenommene Initiative wieder zuzuwenden; über die Zulassung von Anträgen müsse immer eine vom Staate eingesetzte Behörde die erste Entschließung haben, es könne sich nur darum fragen, welcher Behörde diese Entschließung übertragen werden soll, ob der Staatsanwaltschaft, oder nur dem Gerichte.

Hierin aber scheint mir ein Trugschluß selbst dann zu liegen, wenn, was ich nirgend gethan habe, die absolute Gleichstellung des Privatanklägers mit dem Staatsanwalt in Bezug auf die Einleitung des

[14]) Bemerkung des Hrn. Dr. v. Groß. Es liegt in der Natur eines accessorischen Rechts, daß es nur geltend gemacht werden kann, wenn das Hauptrecht geltend gemacht wird. Das Hauptrecht ist hier das Recht des Staats auf Strafe gegen einen Verbrecher. Die Frage, wer der eigentliche Träger des Rechts auf Strafe, wer das berechtigte Subject sei, ob der Staat, oder der Verletzte, ist durch unser positives Recht und durch den Charakter und die Natur unserer Institutionen entschieden. Der Verletzte ist darnach nur das zufällige Object, an welchem das Verbrechen zur Erscheinung gekommen ist.

Das ist das Resultat, auf welches man bei einer principiellen Construction dieser Frage aus der jetzigen Entwickelung unseres öffentlichen Rechts kommen muß. Neben dieser Prüfung geben wir aber gern zu, daß auch vom reinen Utilitäts-Standpunkt zu erwägen ist, ob der betreffende Vorschlag zu verwirklichen sei. Für diese Utilität haben wir aber bisher noch wenig Durchschlagendes vernommen.

dies nicht im Geſetz ausdrücklich zugeſtanden wird, hat ein Recht zu verlangen, daß er ſeinen Privatzwecken förderlich werde. — Noch weniger kann jedem Unberufenen der Einblick in Verhältniſſe geſtattet werden, die dem Richter ſelbſt nur wegen des wichtigen, alles überwältigenden Zweckes der Strafrechtspflege blosgelegt werden mußten.

Ein unbedingtes Recht, mit den Ergebniſſen eines Strafproceſſes bekannt gemacht zu werden, hat alſo keine Privatperſon. Liegt aber darum ein abſolutes Verbot im Geiſte unſeres Geſetzes? Schon wenn man die oben aufgezählten Fälle, und die Aufzählung bringt nur Beiſpiele, überſchaut, muß man verſucht ſein, das zu bezweifeln. Wichtige Beſtimmungen der Strafproceßordnung, auf tiefes Eingreifen berechnete civilrechtliche Normen werden unausführbar, wenn man den Satz gelten läßt, daß die Ergebniſſe einer Unterſuchung Privaten nur dann mitgetheilt werden dürfen, wenn dies das Geſetz ſelbſt vorſchreibt. Genügt dieſe Bemerkung allein, um die hiemit bezeichnete Regel als nicht eben verläßlich erſcheinen zu laſſen, ſo muß eine zweite ihr jede Autorität nehmen: Unſere Strafproceßordnung beruht auf dem Grundgedanken der Oeffentlichkeit.

Allerdings iſt es wahr, daß die Oeffentlichkeit nur für die Schlußverhandlung gilt, daß ſie beſchränkt iſt, daß ſie ausgeſchloſſen werden kann. Allein die Schlußverhandlung führt alle im Proceß aufgeſammelten Materialien vor. Jene Beſchränkung geht nicht ſo weit, daß nicht auch Perſonen, welche gar kein Intereſſe an der Sache haben, zugelaſſen werden könnten, ja müßten. Die Ausſchließung der Oeffentlichkeit endlich iſt ein Ausnahmsfall, der nur im Intereſſe der öffentlichen Sicherheit oder der Schicklichkeit, nicht aber der Geheimhaltung der Ergebniſſe eines beſtimmten Strafproceſſes, zugelaſſen wird, und der die „Vertrauensperſonen der Parteien“ nicht einmal mit umfaßt.

Jede im Proceß vorgekommene Thatſache kann alſo zur Kenntniß völlig unbetheiligter, aus bloßer Neugierde Anweſender kommen, jedenfalls iſt es dem Gericht (dem Vorſitzenden) geſtattet, jede erwachſene Perſon männlichen Geſchlechtes nach ſeinem Ermeſſen als Zuhörer zuzulaſſen. Dieſe Zuhörer ſind zu ſchweigen nicht verpflichtet; ſie ſind dazu, wenn ſie etwa ſpäter als Zeugen aufgerufen werden, nicht einmal berechtigt. Heißt es nun wirklich, dieſes auch den Unbetheiligten zulaſſende Geſetz anwenden, in ſeinem Geiſte handeln, wenn man dem-

jenigen die Mittheilung eines einzelnen Actes verſagt, den ein rechtliches, ein nachgewieſenes Intereſſe beſtimmt, darum zu bitten?

Aber noch eine andere im Geſetze begründete Rückſicht wird außer Acht gelaſſen, wenn ohne ganz beſonderen Grund einem ſolchen Anſuchen nicht willfahrt wird. Ohne Frage entſpricht es der Richtung, welche das Strafrecht im Laufe der Zeiten genommen hat, und die ſeit dem Ende des vorigen Jahrhunderts in vollſter Conſequenz eingehalten wird, daß es als Theil des öffentlichen Rechtes, als von aller Privatdispoſition unabhängig behandelt wird, daß ſeinen Zwecken alle Privatrückſichten weichen müſſen. Allein daraus erfolgt keineswegs noch, daß auf Privatintereſſen, auch wo es unbeſchadet den öffentlichen geſchehen könnte, keinerlei Rückſicht genommen werden darf. Daß unſer Geſetz die öffenkliche Natur des Strafrechts nicht ſo verſtehe, beweiſt die Stellung, die dem Beſchädigten rückſichtlich ſeiner Privatanſprüche eingeräumt iſt, und die Anordnung des §. 66 der St. P. O., nach welcher die Erhebung des durch die ſtrafbare Handlung zugefügten Schadens ohne Einſchränkung auf beſtimmte Fälle angeordnet iſt und der Umſtand, daß der Beſchädigte (als Anzeiger) ſelbſt auf die Beſtimmung des Gerichtsſtandes Einfluß üben kann.

Ueberhaupt wäre es aber wohl an der Zeit, auf den Urſprung zurückzuweiſen, und vor Ueberſpannung des erſt ſeit einem halben Jahrhundert vollſtändig durchgeſetzten Princips zu warnen. Gewiß wird in unſerer Zeit Niemand mehr verlangen, daß das ſtaatliche Intereſſe an Beſtrafung gewiſſer Handlungen dem des Privaten, der durch ſie berührt wird, weiche; allein daß der Beſchädigte, der einſt ſein eigener Richter war, Jahrhunderte lang wenigſtens den Proceß allein in Bewegung hielt, jetzt ganz als an der Sache unbetheiligt, aus dem Proceß hinausgewieſen, oder wenigſtens von der Benützung der durch denſelben gewonnenen Materialien unbedingt ausgeſchloſſen werden ſoll, heißt doch die Conſequenz gar zu weit treiben!

Faſt dasſelbe Bewandtniß hat es mit dem Angeklagten ſelbſt. Schuldig gefunden oder nicht, freigeſprochen oder losgeſprochen, angeklagt oder durch Ablaſſungsbeſchluß aus dem Prozeß ausgeſchieden, iſt er doch der Mittelpunkt aller Vorgänge; niemand trägt mehr zu ihrer Abwicklung bei, von niemand werden ihretwegen ſo große Opfer gefordert, als von ihm; und er ſollte von jeder nicht durch den Zweck

des Strafverfahrens selbst nöthig gemachten Benützung der Acten ein für allemal ausgeschlossen sein?

Beschädigter und Angeklagter waren sonst die Angelpunkte des Strafprocesses; alle Erhebungen gingen von ihnen aus, alle zusammengebrachten Materialien gehörten wesentlich ihnen, und auf Verlangen der Parteien entstanden die ersten „Gerichtsbriefe." Jetzt nimmt das Untersuchungsprincip ihnen eine Sache, die allerdings nicht ausschließend die ihre ist, ganz aus den Händen; der Untersuchungsrichter übernimmt ihre „Rolle," und wenigstens dem Angeklagten soll er gewissermaßen als Anwalt dienen. Hört aber der Proceß, weil sie ihn nicht mehr selbst führen dürfen, auf, der ihre zu sein? Sind nicht die Acten ihres Processes eine Sache, auf die sie wenigstens einen entfernten Anspruch haben?

Was endlich Dritte betrifft, so wollen wir doch auch nicht vergessen, daß die Gerechtigkeit eine und dieselbe bleibt, und durch die Vertheilung des Geschäftes an Gerichte verschiedener Art nur gefördert werden soll, wenigstens darunter nicht leiden darf! Hat der Strafproceß zunächst einem bestimmten Zweck gedient, und dabei ganz zufällig die Mittel geboten, die Gerechtigkeit auch noch auf andere Weise zu fördern; so sollte man sich dessen freuen und diese Mittel nicht grundlos zurückhalten! Gewiß sollen die energischen Mittel des Strafprocesses nicht zur Entscheidung bloß civilrechtlicher Fragen aufgeboten werden; ist das aber bereits geschehen, und kann in einem bestimmten Falle durch das so Gewonnene, der gerechten Sache auch in einem Civilproceß ein Dienst geleistet, die Enthüllung der Wahrheit, der letzte Zweck jedes Processes, gefördert werden, so sollte man das gerne gestatten, solange nicht im Interesse der Strafrechtspflege selbst größere Zurückhaltung geboten ist. Und wahrlich sehr gewichtig müssen Gründe sein, die ausreichen sollen, ein Benehmen zu rechtfertigen, dessen letztes Resultat sein kann, daß Thatsachen, für welche die Beweise in den Händen des einen Gerichtes liegen, in dem Erkenntniß eines anderen Gerichtes für unwahr erklärt werden!

Gründe dieser Art können nun freilich doch vorkommen. Wenn Geheimhaltung gewisser Thatsachen im Interesse einer noch nicht völlig abgeschlossenen Untersuchung oder sonst im öffentlichen Interesse liegt; wenn ein Actenstück verlangt wird, das aus dem Zusammenhang

gerügen, leicht mißdeutet werden könnte; wenn zu besorgen ist, daß die Mittheilung zur Verrückung oder Verhöhnung bestimmter Personen aus bloßer Bosheit verwendet werden soll; überhaupt, wenn nicht glaubhaft dargethan ist, daß die Mittheilung nothwendig ist, um ein rechtlich wohlbegründetes Interesse zu fördern, kann einem solchen Gesuche (besonders wenn es von Personen ausgeht, die am Strafprocesse nicht theilnehmen) nicht berücksichtigt werden. In allen anderen Fällen aber dürfte durch die vorstehend ausgeführten Gründe die Gewährung der Mittheilung vollkommen gerechtfertigt sein.

XVI.

Die unmittelbare Vorladung im französischen Strafprocesse.

Die unmittelbare Vorladung im französischen Strafproceſſe.

Als man in Bayern die Frage wegen Einführung des franzöſiſchen Verfahrens in den Landestheilen des Rheines berieth, bemerkte der Juſtizminiſter, er halte die Beſtimmung, durch welche auch das Inſtitut der unmittelbaren Vorladung in die öffentliche Sitzung des erkennenden Gerichtes mit herübergenommen werde, für weit die wohlthätigſte von allen. Das Mittel der directen Ladung ſei das allerzweckdienlichſte und beſte, das er im franzöſiſchen Rechte kenne; es habe den mächtigen Vortheil, nicht nur eine ganz prompte Juſtiz zu begründen, ſondern auch auf den einer auf das Minimum der Koſtſpieligkeit reducirten Juſtiz. Reichsrath Maurer, der bekanntlich längere Zeit als Staatsanwalt in der Pfalz gedient hat, bemerkte dazu: „Was die directe Ladung betrifft, ſo unterſchreibe ich alles, was vom Herrn Staatsminiſter bemerkt worden. Ohne directe Ladung gebe ich für das ganze Verfahren nichts.“[1]) „Die Praxis, verſichert ein anderer rheinpfälziſcher Staatsanwalt[2]), hat dieſem Verfahren einen ſo hohen Grad der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit zuerkannt, daß ſowohl in Frankreich wie in der bairiſchen Rheinpfalz und wohl auch in Rheinpreußen und Rheinheſſen mindeſtens zwei Drittheile der einlaufenden Anzeigen, wo nicht noch mehr, durch die Staatsprocuratoren unmittelbar und ohne Dazwiſchenkunft des Unterſuchungsrichters erledigt werden.“

Worin beſteht nun dieſe ſo viel geprieſene und, wie ſich hier zeigt, jedenfalls auch praktiſch tief eingreifende Einrichtung?

---

[1]) Gerichtsſaal 1849, I. Band, Seite 507.

[2]) Schmitt, Die Staatsanwaltſchaft im franzöſiſchen Strafproceſſe. Gerichtsſaal 1849 I., S. 291.

Bekanntlich ist in Frankreich die Cognition über Verbrechen dem Schwurgerichtshofe zugewiesen; vor diesen kann aber keine Anklage gebracht werden, wenn nicht wegen der Beschuldigung eine förmliche Voruntersuchung (information écrite) durchgeführt wurde, an deren Schluß die Berichterstattung des Untersuchungsrichters an die Rathskammer, der Beschluß dieser letzteren, die Uebersendung der Acten an den Generalprocurator und die von diesem einzuleitende Verhandlung der Anklagekammer am Appellhof erfolgen muß. Das Ergebniß dieser letzteren ist dann das Erkenntniß der Anklagekammer, vermöge dessen der Angeklagte vor den Assisenhof gewiesen wird und erst hiedurch wird, wenn gegen das Verweisungserkenntniß nicht (oder ohne Erfolg) die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof ergriffen wurde, die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet [3]).

Den Gegensatz zu diesem umständlichen, formenreichen Vorgang bildet das Verfahren wegen Uebertretungen (contraventions) vor den einfachen Polizeigerichten (tribunaux de simple police). Hier findet nämlich niemals eine gerichtliche Voruntersuchung [4]), höchstens eine Vorerhebung im administrativen Wege statt; die Sache wird immer nur dadurch anhängig gemacht, daß der staatsanwaltschaftliche Beamte oder die Civilpartei den Beschuldigten und den civilrechtlich für ihn Verantwortlichen durch einen Gerichtsvollzieher [5]) in die öffentliche Sitzung laden läßt. Die Ladung (citation) muß so eingerichtet werden, daß zwischen dem Tag der Ladung und dem der Verhandlung (das Gesetz gebraucht den Ausdruck jugement, wobei es offenbar voraussetzt, daß Verhandlung und Urtheil sich unmittelbar folgen) wenigstens ein freier Tag bleibt, wozu noch für eine Entfernung von je drei Myriametern ein Tag mehr kommt. Indeß können nicht nur die Parteien freiwillig ohne Ladung auf bloße Anzeige erscheinen (Code d'Instruction criminelle art. 147), sondern es kann der Polizeirichter auch in drin-

---

[3]) Glaser, Ueber Versetzung in Anklagestand (Archiv für Criminalrecht 1853 S. 253 ff.) S. 303 ff. des gegenwärt. Bandes.

[4]) Das öffentliche Ministerium ꝛc. (Wien 1849) S. 58 und 73.

[5]) Es ist wohl nicht nöthig, darauf aufmerksam zu machen, daß der französische Gerichtsvollzieher (huissier) als ein zwar öffentlich Bestellter, aber auf Sporteln angewiesener Hilfsbeamteter, eine ganz andere Stellung einnimmt, als unser Gerichtsdiener. Daß die Einrichtung der directen Ladung wesentlich von der Unterstützung durch Hilfsbeamte abhänge, hebt namentlich Petersen (Grundzüge der bairischen Strafgesetzgebung, Gerichtssaal a. a. O. S. 471) hervor.

genden [illegible] tigen[6].

[illegible] gehen [illegible] mehr als 15 [illegible] sechs Tagen [illegible] hier eine [illegible] und es kann [illegible] als auch der [illegible] selbst wenn [illegible] der Rathskammer, [illegible] Sitzung des Zuchtpolizeigerichts [illegible] die Intervention der Anklagekammer [illegible] steht dem Beschuldigten [illegible] kein Rechtsmittel zu, weil er, so sagt man, für ihn nur ein Act der Voruntersuchung sei, dem er sich nicht widersetzen dürfe, dem aber das Gericht, an welches er verwiesen wurde, abhelfen könne, wenn er wirklich seine Rechte verletzte[7]. Es findet also in Zuchtpolizeisachen weder Vorlage der Acten an den Generalprocurator und die Anklagekammer, noch zu Gunsten des Beschuldigten eine Berufung an diese letztere oder eine Nichtigkeitsbeschwerde statt. Ueberdies stellt aber das Gesetz es ganz dem Staatsanwalt und der Civilpartei anheim, ob überhaupt die Einleitung einer Voruntersuchung verlangt oder lieber der Beschuldigte sogleich in die öffentliche Sitzung des Zuchtpolizeigerichts geladen werden soll? Staatsanwalt und Civilpartei haben also die Wahl zwischen zwei Wegen, auf denen sie von ihrem Klagrecht Gebrauch machen können[8]: Veranlassung der Voruntersuchung oder directe Ladung. Nur sind sie an die einmal getroffene Wahl im ersten Fall gebunden; sie können den Gang der einmal eingeleiteten Untersuchung durch die directe Ladung nicht unterbrechen (Cassationshofentscheidungen vom 18. Juni 1812 und 7. Juni 1821[9]) während umgekehrt nichts entgegen steht, daß das Zuchtpolizeigericht die durch Citation vor dasselbe

---

[6]) Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprocesses §. 137.

[7]) Entscheidung des Cassationshofes vom 7. November 1816, Rogron Code d'Instruction art. 135.

[8]) Schmitt a. a. O. S. 284; Merckel, Wirkung rechtskräftiger Urtheile. Gerichtssaal 1852 II. S. 506.

[9]) Legraverend Traité de la Législation criminelle l. III. p. 365.

gebrachte Sache nöthigenfalls aus der Audienz an den Untersuchungsrichter zurückweist [10]).

Erhält nun der Staatsanwalt Anzeige von einer strafbaren Handlung, die er als Vergehen erkennt, und glaubt er mit jenen Erhebungen, die ihm von der Polizei zukommen, oder die er selbst sich verschafft, sich begnügen zu können, so wendet er sich unter Angabe der Beschuldigten und der vorzuladenden Zeugen an den Präsidenten des Zuchtpolizeigerichtes mit dem Ersuchen, zur Verhandlung der Sache einen Tag zu bestimmen, und schickt gleichzeitig die bei ihm aufgelaufenen Acten in die Kanzlei des Gerichtes. Der Präsident setzt auf die Eingabe des Staatsanwalts die Bestimmung des Sitzungstages und schickt sodann erstere zurück. Nunmehr ertheilt der Staatsanwalt dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Vorladung. In Folge dessen begibt sich der letztere zum Beschuldigten und hinterläßt ihm eine Abschrift jenes Vorladungsbefehls und des von ihm selbst auf der Rückseite ausgefertigten Vorladungsactes [11]). Die Vorladung muß nebst der Bezeichnung des Citirenden und des Citirten, sowie des die Ladung ausführenden Gerichtsvollziehers, dann des Gerichtes, vor welchem der Beschuldigte zu erscheinen hat, die Angabe des Audienztermines und der Thatsachen, auf welche die Beschuldigung sich stützt, enthalten.

In ersterer Beziehung ist nur zu bemerken, daß dem Geladenen drei freie Tage (und für die Entfernung von je drei Myriametern noch ein Tag) bleiben müssen; und daß diese Frist auch nicht wegen Dringlichkeit der Sachlage vor Gericht abgekürzt werden kann. Indeß hat die Bestimmung einer zu kurzen Frist nur die Wirkung, daß das in contumaciam ergehende Erkenntniß nichtig ist; erscheint dagegen der Geladene, so kann er nur die Vertagung der Verhandlung, nicht aber Cassirung des in seiner Anwesenheit ergangenen Erkenntnisses verlangen [12]). Kann somit ohne Zweifel der Geladene auf die ihm gesetzlich eingeräumte Pflicht verzichten, so ist es dagegen zweifelhaft, ob

[10]) Rogron §. 182, C. F. C. v. 18. Juni 1824. Ob dies auch gegenüber einer vom Staatsanwalt ausgehenden Citation wider den Willen des Staatsanwaltes geschehen könne, ist indeß controvers. Entscheidung vom 18. November 1827 bei Rogron l. c. vrgl. Morin s. v. Citation.

[11]) Das öffentliche Ministerium S. 74 und 157 ff.

[12]) Cassationshofentscheidung vom 25. Februar 1819.

er, wie bei Uebertretungen, indem er zugleich mit dem Ankläger unge-laden erscheint, auf die Ladung selbst verzichten könne [13]).

Nicht minder schwankend ist die französische Jurisprudenz über die Frage, wie weit die Angabe der dem Beschuldigten zur Last gelegten Thatsachen gehen müsse? Darüber, daß die bloße Bezeichnung des Vergehens mit seinem gesetzlichen Namen selbst dann nicht genüge, wenn die Zeit der Verübung ebenfalls angegeben wird, ist man einig [14]), dagegen ist die Doctrin, welche verlangt, die Anklage müsse so präcisirt werden, daß der Beschuldigte aus der Ladung nicht blos die ihm zur Last gelegte Thatsache, sondern auch die derselben beigemessene juristische Bedeutung zu erkennen vermag, es müßten daher die Gesetzesstellen, auf deren Anwendung angetragen wird, bezeichnet werden, nicht immer anerkannt worden [15]).

Die ordnungsmäßig vollzogene Vorladung hat die Rechtswirkung, daß der Beschuldigte, wenn er am Verhandlungstage nicht persönlich oder (sofern das Vergehen nicht mit Freiheitsstrafe bedroht ist) durch einen Anwalt erscheint, in contumaciam (par défaut) verurtheilt wird; dieses Contumacialerkenntniß wird zwar aufgehoben, wenn der Beschuldigte binnen fünf Tagen nach der Zustellung dagegen Opposition erhebt; allein, abgesehen davon, daß er dann selbst im Fall der Freisprechung die Kosten der Urtheilsausfertigung, Zustellung und Opposition zu tragen hat, ist die Opposition als nicht erfolgt anzusehen, wenn der Verurtheilte nicht in der ersten darauf folgenden Sitzung erscheint; und das par défaut ergangene Erkenntniß unterliegt sodann nun mehr, gleich dem im contradictorischen Verfahren ergehenden, der ordentlichen Berufung an den Appellhof. — Erscheint dagegen der Beschuldigte in der Sitzung, für welche er geladen ist, so wird in der Regel in einer Verhandlung die ganze Angelegenheit erledigt.

Ueber den Geist, in welchem die französische Praxis das Mittel der directen Ladung gebraucht, gewährt den besten Aufschluß ein Circular des Justizministers vom 23. September 1812, worin es heißt: „Wenn eine Angelegenheit unverkennbar vor das Zuchtpolizeigericht gehört, —

---

[13]) Im bejahenden Sinn beantworten die Frage zwei Entscheidungen des Pariser Cassationshofes vom 18. April 1822 und 25. Jänner 1828; im entgegengesetzten Sinn (wofür sich auch Legraverend l. c. p. 368 Note 6 ausspricht) eine Entscheidung des Brüsseler obersten Gerichtshofes vom 4. April 1828.

[14]) Entscheidung des Cassationshofes vom 21. August 1835, bei Rogron Art. 183.

[15]) Morin l. c. p. 160.

und es gibt nicht viele Fälle, in welcher die Zuständigkeit des letzteren zweifelhaft ist, — kann dieselbe bei ihm sowohl durch die Civilpartei, wenn eine solche vorhanden ist, als auch durch den Staatsanwalt unmittelbar anhängig gemacht werden, ohne daß der Untersuchungsrichter sich auf ein Vorverfahren einzulassen hat.

Ist der Beschuldigte verhaftet, so genügt ein einfaches Verhör; jeder andere Proceßact ist überflüssig, und vereitelt nur den unmittelbaren Zweck des Verfahrens. Das wahre Instructionsverfahren ist dasjenige, das in der Gerichtssitzung durchgeführt wird; in der Regel soll ein anderes nicht stattfinden, falls nicht etwa über den Bestand oder die Beschaffenheit des Delictes oder über die Bezeichnung der als Zeugen oder Beschuldigte vorzuladenden Individuen Zweifel bestehen, oder endlich die Sache wegen ihrer Wichtigkeit eingehende Nachforschungen fordert, die eine Voruntersuchung nöthig machen. Man kann daher in den meisten zuchtpolizeilichen Fällen es vermeiden, die verschiedenen vom Gesetz für die wichtigeren Angelegenheiten vorbehaltenen Stadien des Untersuchungsverfahrens zu durchlaufen[16])."

Daß die Einrichtung, welche auch hier so lebhaft empfohlen wird, im französischen Proceß eine große Rolle spielt, und sehr bedeutende Vortheile gewährt, braucht nach Vorstehendem kaum hervorgehoben zu werden. Sie gestattet den am meisten am Erfolg und raschen Gang einer Untersuchung Betheiligten, vor Allem dem Staatsanwalt, zwischen wichtigen und unbedeutenden, schwierigen und einfachen Sachen jenen Unterschied zu machen, den das Gesetz a priori nicht durchzuführen vermag; sie gestattet ferner, unbeschadet der größeren Gründlichkeit, die unter Umständen erforderlich sein mag, die Strafe mit einer Raschheit dem Delict folgen zu lassen, die sonst unerreichbar wäre.

Dieser prompte Geschäftsgang ist aber nicht leicht irgendwo so hoch anzuschlagen, wie bei minder schwer strafbaren Handlungen, denn so wie die Schnelligkeit, mit welcher die Strafe verhängt und vollzogen wird, gewissermaßen das ausgleicht, was dieser an Intensität fehlt, so geht umgekehrt die moralische Wirkung der Verurtheilung verloren, wenn die Verletzung, wegen deren sie erfolgt, nicht mehr lebhaft empfunden wird und fast schon vergessen ist. Daß durch einen Geschäftsgang, wie dieser, Arbeitskraft und Geldaufwand gespart werden, fällt ebenfalls

[16]) Legraverend l. c. p. 365.

von selbst auf. Aber auch für den Beschuldigten ist er eine wahre Wohlthat. Dem Unschuldigen kann es in der Regel nur erwünscht sein, ohne weitläufige Vorerhebungen unmittelbar vor seinen Richter gestellt zu werden und der peinlichen Lage, in welcher er sich immer doch befindet, mit einem Act ein Ende gemacht zu sehen. Der Schuldige kann, indem er ausbleibt und so dem unvermeidlichen Uebel sich fügt, wenigstens dem vermeidlichen das mit der Verhandlung verbunden zu sein pflegt, entgehen, und jedenfalls kürzt das System der directen Ladung die Zwischenzeit ängstlicher Erwartung ab und vermindert die Kosten, deren Ersatz den Schuldiggefundenen trifft.

So groß nun die Vortheile dieser Einrichtung sind, und so sehr sich dieselbe zur Nachahmung empfehlen möge, darf man doch auch nicht übersehen, wie innig sie mit anderen Instituten der französischen Rechtspflege und mit der französischen Gerichtsverfassung zusammenhänge.

In den Vordergrund tritt hier die französische Auffassung der dem Beschädigten zustehenden action criminelle. Es ist feststehender Grundsatz, daß dem durch eine strafbare Handlung Verletzten eine doppelte Klage, die action civile und die action criminelle daraus erwachse, und daß er daher für die Geltendmachung seines Entschädigungsanspruches die Wahl hat zwischen Civil- und Strafrechtsweg. Wählt er den letzteren, so wird er Partei im Criminalproceß (wenn auch nicht Hauptpartei), und seine Stellung wird namentlich dadurch charakterisirt, daß er nicht als Zeuge vernommen werden und (nach der Ansicht Mancher wenigstens) dasselbe Recht nicht mehr auf dem Civilrechtsweg verfolgen kann, so wie umgekehrt, sobald die Sache beim Civilgericht anhängig ist, der Beschädigte nicht mehr als Civilpartei im Strafproceß angenommen wird [17]). Zur ordnungsmäßigen Geltendmachung dieses dem Beschädigten eingeräumten Rechtes ist nach französischer Anschauung allerdings erforderlich, daß ihm die Möglichkeit geboten sei, vor den erkennenden Richtern persönlich seine Beweismittel und Ansprüche zur Geltung zu bringen, wie dies ja ganz gleichmäßig auch im Civilproceß der Fall ist. Freilich ist diese Stellung dem Beschädigten da verkümmert, wo es sich um einen vor die Assisen zu verweisenden Fall handelt, denn hier kann auch der Beschädigte nur die Einleitung der Untersuchung fordern, während es eines Erkennt-

[17]) Merckel a. a. O. S. 502 ff.

nisses der Anklagekammer bedarf, um sie beim Schwurgericht anhängig zu machen; allein abgesehen davon, daß diese Einrichtung auf anderen, Frankreich ganz eigenthümlichen historischen und politischen Rücksichten beruht [18]), ist es unverkennbar, daß bei schweren Verbrechen die Thätigkeit des öffentlichen Ministeriums in den Vordergrund tritt, während sie bei Vergehen und Uebertretungen blos für die Fälle aufgespart wird, wo eine Civilpartei nicht vorhanden ist oder tergiversirt. War nun einmal der Civilpartei die Möglichkeit gegeben, nach Belieben, wenn auch auf ihre Gefahr, einen Proceß beim Zuchtpolizeigericht anhängig zu machen, so wäre es der Rolle, welche der Staatsanwaltschaft in Frankreich angewiesen ist, gewiß nicht angemessen gewesen, ihr diese Möglichkeit abzuschneiden.

Allerdings erhöht solche Leichtigkeit für die Bürger die Gefahr leichtfertiger Anklagen, allein weder für die Civilpartei, noch für die Staatsanwaltschaft ist in Frankreich die Versuchung dazu groß. Für die Civilpartei nicht, weil der in Fällen dieser Art sehr einfache Civilproceß fast eben so rasch geführt werden kann, und weil sie auch dort vom Indicienbeweise Gebrauch machen kann; für den Staatsanwalt nicht, weil er nicht ohne Noth sich der späteren Zurückweisung der Sache an den Untersuchungsrichter oder gar einer durch mangelhafte Beweisführung motivirten Freisprechung des Beschuldigten aussetzen wird.

Von besonderer Wichtigkeit ist aber, daß die Urtheile der Zuchtpolizeigerichte der Berufung unterliegen; daß diese an ein Gericht geht, dessen Sitz nie weit entfernt ist, und an welches der verhaftete Beschuldigte immer abgeliefert wird, daß endlich die Appellverhandlung selbst (so wie im Civilproceß) eine neue, an das in erster Instanz Vorgebrachte nirgend gebundene Erörterung der Sache herbeiführt. Zu dem Allen kommt, daß die unbeschränkte Oeffentlichkeit als Garantie für die Gründlichkeit der Verhandlung gilt; und daß nach der französischen Einrichtung das Zuchtpolizeigericht immer ein ganzes Jahr hindurch aus denselben drei Männern besteht.

Durch all dieses hängt demnach die directe Ladung eng genug mit anderen französischen Einrichtungen zusammen, um es erklärlich zu machen, daß die deutsche Gesetzgebung Anstand nahm, dieselbe vollständig zu adoptiren. So nahm sie z. B. die badische St. P. O. und die öster-

[18]) Vgl. oben S. 322 ff.

reichische vom Jahre 1850[19]) gar nicht auf, die baierische Novelle vom Jahre 1848 nur mit der Beschränkung, daß dem Gericht die Anzeige vorgelegt werden muß, und daß dieses zu beurtheilen hat, ob dieselbe zur Begründung eines erheblichen Verdachtes genüge[20]); der neue preußische Entwurf mit der Einschränkung, daß die Voruntersuchung nur dann unterbleiben darf, wenn bei einem Vergehen die Verhaftung des Beschuldigten nicht erforderlich ist (§. 236).

Ganz eigenthümlich ist die Behandlung der Sache in der neuen sächsischen Strafproceßordnung. Nach diesem Gesetz ist dem Staatsanwalt das Recht eingeräumt, ehe er den Antrag auf Einleitung einer Untersuchung stellt, vorläufige Erörterungen zu veranlassen oder selbst vorzunehmen (Art. 109). Auf Grund solcher vorläufigen Erörterungen kann er sodann bei den nicht mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen, wenn in denselben der Thatbestand in genügende Gewißheit gesetzt und das Geständniß des Angeschuldigten oder solche Beweise, welche die Ueberführung desselben zu begründen geeignet sind, erlangt worden, auch die rechtliche Zulässigkeit des Strafantrages selbst keinem Zweifel unterliegt, beantragen, daß die Voruntersuchung unterlassen und ohne solche die Hauptverhandlung eröffnet, auch der Angeschuldigte unmittelbar zu derselben vorgeladen, beziehendlich vorgeführt werde (Art. 253). Ueber diesen Antrag faßt das Gericht, allenfalls nach Ergänzung der Vorerörterung, Beschluß, welcher entweder 1. dem Antrag stattgibt und dann die Stelle eines Verweisungserkenntnisses vertritt, oder 2. die Einleitung der ordentlichen Voruntersuchung anordnet, oder 3. den Strafantrag an sich für rechtlich unzulässig oder das Gericht für unzuständig erklärt (Art. 254).

Man erkennt leicht, daß von den zwei Elementen, welche dem französischen Institut zu Grunde liegen, nur eines hier berücksichtigt wird; die zwei Elemente sind: Ausschließung der Voruntersuchung und Wegfall einer gerichtlichen Verweisung des Angeschuldigten. Die sächsische St. P. O. bringt zwar ersteren Vortheil mit sich, verzichtet aber auf die letztgedachte Vereinfachung des Verfahrens. Indeß wird in den Motiven zum Entwurf schon darauf hingewiesen, daß später in Betracht zu ziehen sein werde, ob nicht die unmittelbare Ladung

[19]) S. die Gründe bei Würth S. 190.
[20]) Petersen a. a. O. S. 471.

Die unmittelbare Vorladung im französischen Strafprocesse.

(Allg. österr. G. Ztg. 1856, Nr. 130, 131.)

Als man in Baiern den Gesetzentwurf wegen Einführung des französischen Verfahrens in den Landen diesseits des Rheines berieth, bemerkte der Justizminister, er halte die Bestimmung, durch welche auch das Institut der unmittelbaren Vorladung in die öffentliche Sitzung des erkennenden Gerichtes mit herübergenommen werde, für weit die wohlthätigste von allen. Das Mittel der directen Ladung sei das allerzweckdienlichste und beste, das er im französischen Rechte kenne; es habe den mächtigen Vortheil, nicht nur eine ganz prompte Justiz zu begründen, sondern auch noch den einer auf das Minimum der Kostspieligkeit reducirten Justiz. Reichsrath Maurer, der bekanntlich längere Zeit als Staatsanwalt in der Pfalz gedient hat, bemerkte dazu: „Was die directe Ladung betrifft, so unterschreibe ich alles, was vom Herrn Staatsminister bemerkt worden. Ohne directe Ladung gebe ich für das ganze Verfahren nichts.“ [1]) „Die Praxis, versichert ein anderer rheinpfälzischer Staatsanwalt [2]), hat diesem Verfahren einen so hohen Grad der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit zuerkannt, daß sowohl in Frankreich wie in der bairischen Rheinpfalz und wohl auch in Rheinpreußen und Rheinhessen mindestens zwei Drittheile der einlaufenden Anzeigen, wo nicht noch mehr, durch die Staatsprocuratoren unmittelbar und ohne Dazwischenkunft des Untersuchungsrichters erledigt werden.“

Worin besteht nun diese so viel gepriesene und, wie sich hier zeigt, jedenfalls auch praktisch tief eingreifende Einrichtung?

[1]) Gerichtssaal 1849, I. Band, Seite 507.

[2]) Schmitt, Die Staatsanwaltschaft im französischen Strafprocesse. Gerichtssaal 1849 I., S. 291,

Bekanntlich ist in Frankreich die Cognition über Verbrechen dem Schwurgerichtshofe zugewiesen; vor diesen kann aber keine Anklage gebracht werden, wenn nicht wegen der Beschuldigung eine förmliche Voruntersuchung (information écrite) durchgeführt wurde, an deren Schluß die Berichterstattung des Untersuchungsrichters an die Rathskammer, der Beschluß dieser letzteren, die Uebersendung der Acten an den Generalprocurator und die von diesem einzuleitende Verhandlung der Anklagekammer am Appellhof erfolgen muß. Das Ergebniß dieser letzteren ist dann das Erkenntniß der Anklagekammer, vermöge dessen der Angeklagte vor den Assisenhof gewiesen wird und erst hiedurch wird, wenn gegen das Verweisungserkenntniß nicht (oder ohne Erfolg) die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof ergriffen wurde, die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet [3]).

Den Gegensatz zu diesem umständlichen, formenreichen Vorgang bildet das Verfahren wegen Uebertretungen (contraventions) vor den einfachen Polizeigerichten (tribunaux de simple police). Hier findet nämlich niemals eine gerichtliche Voruntersuchung [4]), höchstens eine Vorerhebung im administrativen Wege statt; die Sache wird immer nur dadurch anhängig gemacht, daß der staatsanwaltschaftliche Beamte oder die Civilpartei den Beschuldigten und den civilrechtlich für ihn Verantwortlichen durch einen Gerichtsvollzieher [5]) in die öffentliche Sitzung laden läßt. Die Ladung (citation) muß so eingerichtet werden, daß zwischen dem Tag der Ladung und dem der Verhandlung (das Gesetz gebraucht den Ausdruck jugement, wobei es offenbar voraussetzt, daß Verhandlung und Urtheil sich unmittelbar folgen) wenigstens ein freier Tag bleibt, wozu noch für eine Entfernung von je drei Myriametern ein Tag mehr kommt. Indeß können nicht nur die Parteien freiwillig ohne Ladung auf bloße Anzeige erscheinen (Code d'Instruction criminelle art. 147), sondern es kann der Polizeirichter auch in drin-

[3]) Glaser, Ueber Versetzung in Anklagestand (Archiv für Criminalrecht 1852 S. 253 ff.) S. 303 ff. des gegenwärt. Bandes.

[4]) Das öffentliche Ministerium ꝛc. (Wien 1849) S. 58 und 73.

[5]) Es ist wohl nicht nöthig, darauf aufmerksam zu machen, daß der französische Gerichtsvollzieher (huissier) als ein zwar öffentlich Bestellter, aber auf Sporteln angewiesener Hilfsbeamteter, eine ganz andere Stellung einnimmt, als unser Gerichtsdiener. Daß die Einrichtung der directen Ladung wesentlich von der Unterstützung durch Hilfsbeamte abhänge, hebt namentlich Petersen (Grundzüge der bairischen Strafgesetzgebung, Gerichtssaal a. a. O. S. 471) hervor.

genden Fällen schriftlich zur Ladung auf eine kürzere Frist ermächtigen[6]).

Zwischen diesen beiden Extremen steht das Verfahren wegen Vergehen (délits), d. i. derjenigen Handlungen, welche mit Geldbuße von mehr als 15 Franken oder mit einer Freiheitsstrafe von wenigstens sechs Tagen und höchstens fünf Jahren bedroht sind. Zwar kann auch hier eine förmliche Voruntersuchung, wie bei Verbrechen geführt werden, und es kann dieselbe sowohl der Staatsanwalt durch seine Requisition, als auch der Beschädigte durch seine Klage (plainte) veranlassen. Allein selbst wenn diese stattfindet, genügt doch ein einfacher Beschluß der Rathskammer, um die Angelegenheit in die öffentliche Sitzung des Zuchtpolizeigerichtes (tribunal correctionnel) zu verweisen; die Intervention der Anklagekammer am Appellhofe fällt weg; auch steht dem Beschuldigten gegen den Beschluß kein Rechtsmittel zu, weil er, so sagt man, für ihn nur ein Act der Voruntersuchung sei, dem er sich nicht widersetzen dürfe, dem aber das Gericht, an welches er verwiesen wurde, abhelfen könne, wenn er wirklich seine Rechte verletzte[7]). Es findet also in Zuchtpolizeisachen weder Vorlage der Acten an den Generalprocurator und die Anklagekammer, noch zu Gunsten des Beschuldigten eine Berufung an diese letztere oder eine Nichtigkeitsbeschwerde statt. Ueberdies stellt aber das Gesetz es ganz dem Staatsanwalt uud der Civilpartei anheim, ob überhaupt die Einleitung einer Voruntersuchung verlangt oder lieber der Beschuldigte sogleich in die öffentliche Sitzung des Zuchtpolizeigerichts geladen werden soll? Staatsanwalt und Civilpartei haben also die Wahl zwischen zwei Wegen, auf denen sie von ihrem Klagrecht Gebrauch machen können[8]): Veranlassung der Voruntersuchung oder directe Ladung. Nur sind sie an die einmal getroffene Wahl im ersten Fall gebunden; sie können den Gang der einmal eingeleiteten Untersuchung durch die directe Ladung nicht unterbrechen (Cassationshofentscheidungen vom 18. Juni 1812 und 7. Juni 1821[9]) während umgekehrt nichts entgegen steht, daß das Zuchtpolizeigericht die durch Citation vor dasselbe

[6]) Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprocesses §. 137.

[7]) Entscheidung des Cassationshofes vom 7. November 1816, Rogron Code d'Instruction art. 135.

[8]) Schmitt a. a. O. S. 284; Merckel, Wirkung rechtskräftiger Urtheile. Gerichtssaal 1852 II. S. 506.

[9]) Legraverend Traité de la Législation criminelle l. III. p. 365.

gebrachte Sache nöthigenfalls aus der Audienz an den Untersuchungsrichter zurückweist [10]).

Erhält nun der Staatsanwalt Anzeige von einer strafbaren Handlung, die er als Vergehen erkennt, und glaubt er mit jenen Erhebungen, die ihm von der Polizei zukommen, oder die er selbst sich verschafft, sich begnügen zu können, so wendet er sich unter Angabe der Beschuldigten und der vorzuladenden Zeugen an den Präsidenten des Zuchtpolizeigerichtes mit dem Ersuchen, zur Verhandlung der Sache einen Tag zu bestimmen, und schickt gleichzeitig die bei ihm aufgelaufenen Acten in die Kanzlei des Gerichtes. Der Präsident setzt auf die Eingabe des Staatsanwalts die Bestimmung des Sitzungstages und schickt sodann erstere zurück. Nunmehr ertheilt der Staatsanwalt dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Vorladung. In Folge dessen begibt sich der letztere zum Beschuldigten und hinterläßt ihm eine Abschrift jenes Vorladungsbefehls und des von ihm selbst auf der Rückseite ausgefertigten Vorladungsactes [11]). Die Vorladung muß nebst der Bezeichnung des Citirenden und des Citirten, sowie des die Ladung ausführenden Gerichtsvollziehers, dann des Gerichtes, vor welchem der Beschuldigte zu erscheinen hat, die Angabe des Audienztermines und der Thatsachen, auf welche die Beschuldigung sich stützt, enthalten.

In ersterer Beziehung ist nur zu bemerken, daß dem Geladenen drei freie Tage (und für die Entfernung von je drei Myriametern noch ein Tag) bleiben müssen; und daß diese Frist auch nicht wegen Dringlichkeit der Sachlage vor Gericht abgekürzt werden kann. Indeß hat die Bestimmung einer zu kurzen Frist nur die Wirkung, daß das in contumaciam ergehende Erkenntniß nichtig ist; erscheint dagegen der Geladene, so kann er nur die Vertagung der Verhandlung, nicht aber Cassirung des in seiner Anwesenheit ergangenen Erkenntnisses verlangen [12]). Kann somit ohne Zweifel der Geladene auf die ihm gesetzlich eingeräumte Pflicht verzichten, so ist es dagegen zweifelhaft, ob

[10]) Rogron §. 182, C. F. C. v. 18. Juni 1824. Ob dies auch gegenüber einer vom Staatsanwalt ausgehenden Citation wider den Willen des Staatsanwaltes geschehen könne, ist indeß controvers. Entscheidung vom 18. November 1837 bei Rogron l. c. vrgl. Morin s. v. Citation.

[11]) Das öffentliche Ministerium S. 74 und 157 ff.

[12]) Cassationshofentscheidung vom 25. Februar 1819.

er, wie bei Uebertretungen, indem er zugleich mit dem Ankläger unge-laden erscheint, auf die Ladung selbst verzichten könne [13]).

Nicht minder schwankend ist die französische Jurisprudenz über die Frage, wie weit die Angabe der dem Beschuldigten zur Last gelegten Thatsachen gehen müsse? Darüber, daß die bloße Bezeichnung des Vergehens mit seinem gesetzlichen Namen selbst dann nicht genüge, wenn die Zeit der Verübung ebenfalls angegeben wird, ist man einig [14]), dagegen ist die Doctrin, welche verlangt, die Anklage müsse so präcisirt werden, daß der Beschuldigte aus der Ladung nicht blos die ihm zur Last gelegte Thatsache, sondern auch die derselben beigemessene juristische Bedeutung zu erkennen vermag, es müßten daher die Gesetzesstellen, auf deren Anwendung angetragen wird, bezeichnet werden, nicht immer anerkannt worden [15]).

Die ordnungsmäßig vollzogene Vorladung hat die Rechtswirkung, daß der Beschuldigte, wenn er am Verhandlungstage nicht persönlich oder (sofern das Vergehen nicht mit Freiheitsstrafe bedroht ist) durch einen Anwalt erscheint, in contumaciam (par défaut) verurtheilt wird; dieses Contumacialerkenntniß wird zwar aufgehoben, wenn der Beschuldigte binnen fünf Tagen nach der Zustellung dagegen Opposition erhebt; allein, abgesehen davon, daß er dann selbst im Fall der Freisprechung die Kosten der Urtheilsausfertigung, Zustellung und Opposition zu tragen hat, ist die Opposition als nicht erfolgt anzusehen, wenn der Verurtheilte nicht in der ersten darauf folgenden Sitzung erscheint; und das par défaut ergangene Erkenntniß unterliegt sodann nun mehr, gleich dem im contradictorischen Verfahren ergehenden, der ordentlichen Berufung an den Appellhof. — Erscheint dagegen der Beschuldigte in der Sitzung, für welche er geladen ist, so wird in der Regel in einer Verhandlung die ganze Angelegenheit erledigt.

Ueber den Geist, in welchem die französische Praxis das Mittel der directen Ladung gebraucht, gewährt den besten Aufschluß ein Circular des Justizministers vom 23. September 1812, worin es heißt: „Wenn eine Angelegenheit unverkennbar vor das Zuchtpolizeigericht gehört, —

---

[13]) Im bejahenden Sinn beantworten die Frage zwei Entscheidungen des Pariser Cassationshofes vom 18. April 1822 und 25. Jänner 1828; im entgegengesetzten Sinn (wofür sich auch Legraverend l. c. p. 368 Note 6 ausspricht) eine Entscheidung des Brüsseler obersten Gerichtshofes vom 4. April 1838.

[14]) Entscheidung des Cassationshofes vom 21. August 1835, bei Rogron Art. 183.

[15]) Morin l. c. p. 160.

und es gibt nicht viele Fälle, in welcher die Zuständigkeit des letzteren zweifelhaft ist, — kann dieselbe bei ihm sowohl durch die Civilpartei, wenn eine solche vorhanden ist, als auch durch den Staatsanwalt unmittelbar anhängig gemacht werden, ohne daß der Untersuchungsrichter sich auf ein Vorverfahren einzulassen hat.

Ist der Beschuldigte verhaftet, so genügt ein einfaches Verhör; jeder andere Proceßact ist überflüssig, und vereitelt nur den unmittelbaren Zweck des Verfahrens. Das wahre Instructionsverfahren ist dasjenige, das in der Gerichtssitzung durchgeführt wird; in der Regel soll ein anderes nicht stattfinden, falls nicht etwa über den Bestand oder die Beschaffenheit des Delictes oder über die Bezeichnung der als Zeugen oder Beschuldigte vorzuladenden Individuen Zweifel bestehen, oder endlich die Sache wegen ihrer Wichtigkeit eingehende Nachforschungen fordert, die eine Voruntersuchung nöthig machen. Man kann daher in den meisten zuchtpolizeilichen Fällen es vermeiden, die verschiedenen vom Gesetz für die wichtigeren Angelegenheiten vorbehaltenen Stadien des Untersuchungsverfahrens zu durchlaufen[16]).“

Daß die Einrichtung, welche auch hier so lebhaft empfohlen wird, im französischen Proceß eine große Rolle spielt, und sehr bedeutende Vortheile gewährt, braucht nach Vorstehendem kaum hervorgehoben zu werden. Sie gestattet den am meisten am Erfolg und raschen Gang einer Untersuchung Betheiligten, vor Allem dem Staatsanwalt, zwischen wichtigen und unbedeutenden, schwierigen und einfachen Sachen jenen Unterschied zu machen, den das Gesetz a priori nicht durchzuführen vermag; sie gestattet ferner, unbeschadet der größeren Gründlichkeit, die unter Umständen erforderlich sein mag, die Strafe mit einer Raschheit dem Delict folgen zu lassen, die sonst unerreichbar wäre.

Dieser prompte Geschäftsgang ist aber nicht leicht irgendwo so hoch anzuschlagen, wie bei minder schwer strafbaren Handlungen, denn so wie die Schnelligkeit, mit welcher die Strafe verhängt und vollzogen wird, gewissermaßen das ausgleicht, was dieser an Intensität fehlt, so geht umgekehrt die moralische Wirkung der Verurtheilung verloren, wenn die Verletzung, wegen deren sie erfolgt, nicht mehr lebhaft empfunden wird und fast schon vergessen ist. Daß durch einen Geschäftsgang, wie dieser, Arbeitskraft und Geldaufwand gespart werden, fällt ebenfalls

[16]) Legraverend l. c. p. 365.

von selbst auf. Aber auch für den Beschuldigten ist er eine wahre Wohlthat. Dem Unschuldigen kann es in der Regel nur erwünscht sein, ohne weitläufige Vorerhebungen unmittelbar vor seinen Richter gestellt zu werden und der peinlichen Lage, in welcher er sich immer doch befindet, mit einem Act ein Ende gemacht zu sehen. Der Schuldige kann, indem er ausbleibt und so dem unvermeidlichen Uebel sich fügt, wenigstens dem vermeidlichen das mit der Verhandlung verbunden zu sein pflegt, entgehen, und jedenfalls kürzt das System der directen Ladung die Zwischenzeit ängstlicher Erwartung ab und vermindert die Kosten, deren Ersatz den Schuldiggefundenen trifft.

So groß nun die Vortheile dieser Einrichtung sind, und so sehr sich dieselbe zur Nachahmung empfehlen möge, darf man doch auch nicht übersehen, wie innig sie mit anderen Instituten der französischen Rechtspflege und mit der französischen Gerichtsverfassung zusammenhänge.

In den Vordergrund tritt hier die französische Auffassung der dem Beschädigten zustehenden action criminelle. Es ist feststehender Grundsatz, daß dem durch eine strafbare Handlung Verletzten eine doppelte Klage, die action civile und die action criminelle daraus erwachse, und daß er daher für die Geltendmachung seines Entschädigungsanspruches die Wahl hat zwischen Civil- und Strafrechtsweg. Wählt er den letzteren, so wird er Partei im Criminalproceß (wenn auch nicht Hauptpartei), und seine Stellung wird namentlich dadurch charakterisirt, daß er nicht als Zeuge vernommen werden und (nach der Ansicht Mancher wenigstens) dasselbe Recht nicht mehr auf dem Civilrechtsweg verfolgen kann, so wie umgekehrt, sobald die Sache beim Civilgericht anhängig ist, der Beschädigte nicht mehr als Civilpartei im Strafproceß angenommen wird [17]). Zur ordnungsmäßigen Geltendmachung dieses dem Beschädigten eingeräumten Rechtes ist nach französischer Anschauung allerdings erforderlich, daß ihm die Möglichkeit geboten sei, vor den erkennenden Richtern persönlich seine Beweismittel und Ansprüche zur Geltung zu bringen, wie dies ja ganz gleichmäßig auch im Civilproceß der Fall ist. Freilich ist diese Stellung dem Beschädigten da verkümmert, wo es sich um einen vor die Assisen zu verweisenden Fall handelt, denn hier kann auch der Beschädigte nur die Einleitung der Untersuchung fordern, während es eines Erkennt-

[17]) Merckel a. a. O. S. 502 ff.

niſſe müſſe ſo beſchaffen ſein, daß ſie ohne Veränderung eines Wortes zum Wahrſpruche der Geſchwornen werden könne. Jeder Mangel, der am Wahrſpruche gerügt werden müßte, ſollte daher auch im Verweiſungserkenntniſſe ſchon vermieden ſein. Eben darum iſt die Staatsanwaltſchaft nicht verpflichtet, ſich unbedingt an den Wortlaut des Verweiſungserkenntniſſes zu halten, wenn dieſes in der bezeichneten Richtung mangelhaft iſt; vielmehr hat ſie die Anklageformel in der Anklageſchrift ſo weit zu berichtigen, als dies ohne Abweichung vom eigentlichen Sinne des Verweiſungserkenntniſſes möglich iſt. In Folge deſſen ſind folgende Abweichungen vom Verweiſungserkenntniſſe für zuläſſig erachtet worden:

a) Weſentliche Erforderniſſe des Wahrſpruches dürfen in der Anklageformel nicht fehlen, auch wenn das Verweiſungserkenntniß ſie nicht unmittelbar formulirt hat: z. B. die weſentlichen Merkmale des Verbrechens, des Verſuches, der Mitſchuld [12]); ſie ſind daher aus den übrigen Theilen des Verweiſungserkenntniſſes heranzuziehen, ſo weit dies ohne Widerſpruch mit den Intentionen der Anklagekammer möglich iſt.

b) Genaue Angaben über die näheren Umſtände der That (Ort und Zeit des Verbrechens, Gegenſtand desſelben u. ſ. w.) ſind zwar (zumal in der Anklageformel) nicht unbedingt erforderlich; allein ſie ſollten, wo ſie zu erlangen ſind, nicht fehlen, und wenn ſie im Verweiſungserkenntniſſe fehlen oder unrichtig angegeben ſind, ſollten ſie in der Anklageſchrift richtig geſtellt werden [13]).

2. Es iſt dagegen ganz unzuläſſig, daß die Anklageſchrift eine Abweichung vom Verweiſungserkenntniſſe biete, die mehr als eine Verbeſſerung des Ausdruckes nach dem wahren Sinne des Verweiſungserkenntniſſes oder die Berichtigung einer juriſtiſch-unerheblichen Ungenauigkeit wäre; insbeſondere iſt es unzuläſſig:

a) Einen Anklagepunkt in die Anklageſchrift aufzunehmen, welcher im Verweiſungserkenntniſſe nicht enthalten iſt (art. 271);

b) die Qualification, welche das Verweiſungserkenntniß den Thatſachen geben wollte, eigenmächtig zu ändern [14]);

---

[12]) Carnot Code d'Instr. art. 141 n. VI. VII. Rolland art. 241 n. 14—18.

[13]) Hélie 421, Rolland art. 241 n. 29. 30.

[14]) Beiſpiele ſolcher für unzuläſſig erklärter Abweichungen kommen zahlreich vor; ſo die Anklage auf Nothzucht ſtatt auf attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence (C. C. v. 17. Febr. 1820); auf Tödtung aus Vorbedacht ſtatt auf abſichtliche vorbedachte Verwundung mit tödtlichem Ausgange (C. C. v. 10. Febr. 1822); auf

c) einen Erschwerungsumstand hinzuzufügen;

d) Anklagepunkte, wesentliche Merkmale des Verbrechens, Erschwerungs- oder Milderungsumstände wegzulassen.

§. 3. Fortsetzung. Aeußere Form der Anklageschrift.

Die Anklageschrift ist vom Generalprocurator oder dessen Stellvertretern zu verfassen, jedenfalls aber von ihm selbst zu unterzeichnen [15]). Wenn das Verweisungserkenntniß gegen mehrere Personen oder wegen mehrerer strafbarer Handlungen ergangen ist, ist dennoch nur eine Anklageschrift zu verfassen [16]). Andererseits hat die Anklageschrift immer nur Verbrechen zum Gegenstande [16a]).

Die Anklageschrift soll jedem Angeklagten ihrem vollen Inhalte [17]) nach durch Zustellung einer Abschrift mitgetheilt werden [18]); gleichzeitig soll dasselbe mit dem Verweisungserkenntnisse geschehen. Doch kann, wenn nur überhaupt beide Actenstücke zugestellt werden, das eine vor dem andern mitgetheilt werden. Die Zustellung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften [19]).

Im Falle einer Vertagung der Hauptverhandlung oder einer

---

unmittelbare Beihilfe zum Diebstahl statt auf Hehlerschaft (E. E. v. 22. Juli 1822. Dallos n. 1195. 1197; Rolland n. 22–26). Dagegen hat man es als zulässig angesehen, daß das Verweisungserkenntniß auf Todtschlag, die Anklageschrift dagegen auf Mitschuld am Todtschlag geht (E. E. v. 12. Oct. 1843; Rolland n. 28). Den entscheidenden Gesichtspunkt stellt Hélie p. 422 auf: Der Staatsanwalt kann das Verweisungserkenntniß auslegen, einen ungenauen Ausdruck durch einen richtigeren ersetzen, wenn das Verweisungserkenntniß diesen nicht ausdrücklich ausschließt, vielmehr positive Anhaltspunkte dafür bietet; aber er darf nichts ändern. So ist es eine Frage der Auslegung der Verweisungserkenntnisses, ob bei einer Anklage wegen Verwundung der Zusatz vorsätzlich gestattet sei.

[15]) Helie p. 431, unter Berufung auf die Worte: sous la direction immédiate du procureur gen. im art. 45 des Decr. v. 6. Juli 1810. Der Brüsseler Cassationshof theilt diese Ansicht nicht (E. v. 12. Januar 1846, Anspach l. c. p. 1, Anm. 1).

[16]) Hélie p. 432.

[16a]) Carnot art. 241 n. I. Die Anklageschrift umfaßt nicht auch geringere Delicte des Angeklagten. — Man nahm an, daß das Ges. v. 26. März 1819, welches die Preßsachen an die Assisen wies, die Anklageschrift für diese Fälle ausschloß. Rogron art. 241.

[17]) Jeder Angeklagte hat ein Recht auf die Zustellung der ganzen Anklageschrift — auch jener Parteien, welche Mitangeklagte betreffen. Dagegen begründet die Nichtzustellung der gegen Mitangeklagte (wegen anderer Delicte) gerichteten besonderen Anklageschriften keine Nichtigkeit; unbeschadet jedoch seines Rechtes, diese Mittheilung zu begehren (Rolland art. 242 n. 63).

[18]) Die Vorlesung, — die Zustellung eines auf das Verweisungserkenntniß Bezug nehmenden Actes oder sonst eines Auszuges genügt nicht; dagegen können Lücken der Abschrift, als durch das Verweisungserkenntniß unschädlich gemacht, angesehen werden (Rolland art. 242 n. 6–12).

[19]) Hélie p. 444.

Wiederholung derselben auf Grund der früheren Anklageschrift bedarf es keiner wiederholten Zustellung [20]).

Die Zustellung der beiden Actenstücke bildet den Ausgangspunkt für die Frist zur Uebermittlung der Acten in die Kanzlei des Assisenhofes und Ueberführung des Angeklagten in dessen Gefängniß (24 Stunden, — Art. 243, 291, 292); indirect für das Präsidentenverhör und den Lauf der Frist zur Anfechtung des Verweisungserkenntnisses und der freien Zeit, welche bis zur Verhandlung dem Angeklagten gelassen werden muß.

§. 4. Fortsetzung. Abhilfe gegen Verletzung der Regeln über die Anklageschrift.

Die Anklageschrift ist wegen ihrer Abhängigkeit vom Verweisungserkenntnisse kein Actenstück von wesentlicher Bedeutung; ihr Wegfall, wenn er durch das Gesetz ausgesprochen würde, ließe keine fühlbare Lücke zurück, und selbst wenn in einzelnen Fällen keine Anklageschrift vorhanden wäre, könnte man eben darum nicht unbedingt behaupten, daß ein wesentlicher Bestandtheil der Procedur fehle [21]).

Dennoch ist die Anklageschrift, sowie deren Abgang überhaupt, oder ein einzelner Mangel derselben geeignet, einen bedeutenden Einfluß auf den Gang des Processes zu üben. Sie ist einerseits ein wichtiges Mittel für die Anklage; ihre Schlußformel bedingt zunächst die an die Geschwornen zu richtende Hauptfrage. Andererseits erfährt der Angeklagte durch sie den genauen Inhalt der Anklage und erlangt eine klare Uebersicht der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe; ihre Vorlesung in der Hauptverhandlung, ihre Mitgabe in das Berathungszimmer der Geschwornen kann den Ausgang des Processes in mancher Beziehung

---

[20]) Rolland n. 16. 17.

[21]) Selbst die Vorlesung der Anklageschrift in der Hauptverhandlung (Art. 313) ist nicht bei sonstiger Nichtigkeit angeordnet, und die Praxis sieht im Wegfalle dieser Vorlesung keinen Nichtigkeitsgrund (Hélie VIII 668; Carnot art. 313 n. III; Rogron art. 313; Rolland art. 313 n. 18 [die neueste dort angeführte C. C. v. 10. Dec. 1857; eine andere v. 10. Nov. 1849 ist mit Recht bedingt, „wenn der Angeklagte die Vorlesung nicht begehrt hat"]; Anspach p. 84). Nur Dallox N. 223 erklärt die Vorlesung des Verw. Erk. und der A. S. für eine wesentliche Förmlichkeit. — Auch bei der Fragestellung ist die Anklageschrift nicht unentbehrlich, weil der Präsident ohnehin auch das Verweisungserkenntniß berücksichtigen muß. — Andererseits ist es außer Zweifel, daß die Vernichtung des Verweisungserkenntnisses die Nichtigkeit der Anklageschrift zur Folge habe (Dallox n. 1206).

bestimmen. Danach ist der Einfluß vorkommender Formfehler zu beurtheilen:

I. Gänzlicher Wegfall der Anklageschrift. Dieser Fall scheint in Frankreich noch nicht vorgekommen zu sein; allein unter der Voraussetzung, daß dem Angeklagten das Verweisungserkenntniß mitgetheilt ist, scheint mir dieser Mangel kein solcher, welcher absolute Nichtigkeit zur Folge haben muß; nur wenn Anklage oder Vertheidigung den Mangel gerügt und die Vertagung der Hauptverhandlung zu dem Zwecke, um Nachtragung des Fehlenden zu erlangen, vergebens beantragt hätten, wäre die Verhandlung selbst nichtig.

II. Unterlassung der Zustellung an den Angeklagten. Die Praxis des Cassationshofes nahm früher in diesem Falle keine absolute Nichtigkeit an, sondern ging davon aus, daß der begangene Formfehler durch das Schweigen des Angeklagten und die Unterlassung des Antrages auf Vertagung und nachträgliche Zustellung behoben werde. Die Bedeutung der Anklageschrift war nämlich unter der Herrschaft des Code des délits eine ganz andere, als unter der des Code d'Instruction; man war daher nach Einführung des letzteren weniger geneigt, wegen solcher Mängel, die sich auf die Anklageschrift beziehen, das Verfahren zu cassiren. Gerade in dem Wegfalle so vieler Anlässe hiezu erblickte man einen wesentlichen Fortschritt des Verfahrens (Bourguignon Code d'Instruction art. 299 n. II; Dalloz n. 1188). Gegenüber der Nichtigkeitsbeschwerde, welche darauf gestützt ward, daß die Anklageschrift nicht zugestellt worden sei, beschränkte man sich Anfangs auf die Bemerkung, die Beobachtung des art. 242 sei nicht unter Nichtigkeitsandrohung vorgeschrieben (C. C. vom 21. November 1811, 20. April 1816, 31. Juli 1823, 20. Febr. 1824, 18. Januar 1828); später aber stützte man sich darauf, daß der Angeklagte weder beim Präsidentenverhör, noch bei Beginn der Hauptverhandlung sich über die unterbliebene Zustellung beschwert habe; aus dieser Unterlassung wurde mitunter gefolgert, daß die Zustellung erfolgt oder doch wenigstens die Anklage genügend bekannt gewesen sein müsse (C. C. v. 26. Januar 1833); mitunter nahm man an, daß der Mangel durch die nachgewiesene Vorlesung der Actenstücke beim Präsidentenverhör gedeckt sei (C. C. v. 28. Dec. 1838); mitunter ward die nach dem Wahrspruche erhobene Reclamation als eine verspätete erklärt (C. v. 24. Mai 1816; vom 26. Febr. 1836 u. m. a.). Einmal ward auch ausdrücklich aner-

kannt, „daß, wenn der Angeklagte, sich stützend darauf, daß ihm die Anklage wegen nicht erfolgter Zustellung der Anklageschrift und des Verweisungserkenntnisses nicht bekannt geworden sei, die Verschiebung der Sache bis zur nächsten Session begehrt, diesem Begehren bei sonstiger Nichtigkeit des verurtheilenden Erkenntnisses stattgegeben werden müsse" (C. C. v. 7. Febr. 1834)[22]. Seit 1845 ist man aber darüber einig, daß die Nichtzustellung der Anklageschrift[23] (oder die Unmöglich-

[22]) Dallox N. 1210; Rolland art. 242 n. 23. — Auch Carnot, welcher sonst sehr geneigt ist, Nichtigkeitsgründe aus dem Code des délits in den Code d'Instruction zu übertragen, ist (wenigstens in der ersten Auflage seines Buches) dieser Ansicht (art. 242 n. I), und wenn er bei Dallox (n. 1211) und bei Anspach (S. 3 Anm. 8) als der theoretische Urheber des eingetretenen Umschwunges bezeichnet wird, so scheint sich das auf eine Bemerkung zu beziehen, welche Carnot (a. a. O. n. II) ausdrücklich auf die Procedur vor den Specialgerichten beschränkt.

[23]) Zuerst war in einer C. C. v. 16. October 1845 ausgesprochen worden, daß der art. 242 eine für das Recht der Vertheidigung wesentliche Vorschrift enthalte, und daß die Bekanntgebung der Anklageschrift und des Verweisungserkenntnisses für die gesetzliche Ausübung des Vertheidigungsrechtes unentbehrlich sei. In demselben Sinne ergingen Erkenntnisse am 12. Febr. 1846, 16. März 1848, 29. Juli 1852; letzteres besagt: „Die Bekanntgebung des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift sei eine für die Vertheidigung wesentliche Förmlichkeit, weil diese Actenstücke bestimmt seien, den Angeklagten mit der gegen ihn erhobenen Anschuldigung bekannt zu machen; die Unterlassung dieser Förmlichkeit müsse daher die Nichtigkeit der Procedur zur Folge haben" (Hélie 436. 437; Dallox n. 1211; noch mehrere andere Erkenntnisse in diesem Sinne, das neueste vom 6. Mai 1859 bei Rolland art. 242 n. 1). Die belgische Praxis war der französischen vorangegangen (Anspach führt schon Entscheidungen des Brüsseler Cassationshofes v. 26. April 1841, 15. Jänner und 17. October 1844 an). Mit der Feststellung des Grundsatzes eröffnete sich jedoch eine ganze Reihe von Schwierigkeiten. Die Zustellung muß bei sonstiger Nichtigkeit geschehen, und sie ist nicht als geschehen anzusehen, wenn die angebliche Abschrift nur ein Auszug war (vergl. §. 3 Anm. 3 und 4); wie aber, wenn die Abschrift lückenhaft oder ungenau ist? Es scheint nun feste Ansicht des Pariser Cassationshofes, daß solche Mängel (und darunter auch der der Nichterwähnung von erschwerenden Umständen in der Abschrift — C. v. 12. Febr. 1846) gedeckt seien, sobald der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht reclamirt; andererseits wird gefordert, daß die Unregelmäßigkeiten geeignet waren, die Vertheidigung zu beeinträchtigen, oder den Angeklagten über die Anklagefacta in Irrthum zu führen (C. vom 7. Febr 1834, vom 27. Nov. 1845; Rolland n. 10–12; Dallox n. 1223. 1224; Anspach S. 3 Anm. 11 läßt erkennen, daß man in Belgien nicht so weit geht). Gegen letzteres ist nichts einzuwenden; ist aber ersteres nicht inconsequent? Jeder Angeklagte weiß, daß ihm die Anklageschrift mitgetheilt werden muß; jedenfalls muß der Vertheidiger in der Lage sein, den Mangel zu entdecken; und es scheint mir daher durchaus nicht unbillig, daß man verlangt, er solle den Mangel, der ihm auffallen muß, rügen, statt, mit dem sicheren Nichtigkeitsgrunde in der Tasche, das Glück eines ersten Wahrspruches zu versuchen. Dagegen kann die Zustellung einer Abschrift die Vertheidigung in der That sicher machen, und wenn die Abschrift in wesentlichen Dingen ungenau ist, kann eine Täuschung erfolgen, die vielleicht in der Hauptverhandlung gar nicht bemerkt wird; denn wer folgt der Vorlesung eines langen Actenstückes, das er zu kennen glaubt? Hier wäre gewiß die absolute Nichtigkeit eher am Platze, als dort.

keit, die Zustellung nachzuweisen)[24]) die Richtigkeit der ganzen nachfolgenden Procedur bewirke. Dabei scheint jedoch in der Regel vorausgesetzt zu werden, daß der Fehler sowohl das Verweisungserkenntniß als auch die Anklageschrift betrifft; die angeführten Gründe wenigstens treten nur in diesem Falle ein[25]).

III. Welche Bedeutung ist den inneren Gebrechen der Anklageschrift beizumessen?

Man muß hier zwischen den natürlichen und den zufälligen Wirkungen der Anklageschrift unterscheiden:

a) Die Anklageschrift hat die doppelte Aufgabe, den Umfang des Verhandlungsgegenstandes abzugrenzen und den Wortlaut des künftigen Wahrspruches der Geschwornen vorzuzeichnen. Nach beiden Seiten hin kann sie wesentliche Mängel des Verfahrens hervorrufen; sie kann Veranlassung geben, daß einzelne Anklagepunkte ungehörig hereingezogen, andere ungehörig weggelassen werden, und daß der Wahrspruch eine Fassung erhält, welche ihn ungeeignet macht, dem Urtheile zur Grundlage zu dienen. In allen diesen Fällen tritt Nichtigkeit des Verfahrens ein, und es wird sodann auch die Anklageschrift selbst mit vernichtet werden. Die Gebrechen werden hier fast immer in der Anklageformel liegen. Gegen die Ausdehnung der Anklage auf ein im Verweisungserkenntnisse nicht vorgesehenes Verbrechen ist im art. 271 ausdrücklich Nichtigkeit angedroht; und die Praxis wahrt die Regel mit solcher Strenge, daß, als über ein solches Anklagefactum verhandelt und die darüber an die Geschwornen gestellte Frage von diesen verneint wurde, dennoch der übrige Inhalt des Wahrspruches cassirt

---

[24]) Die Regel ist, daß ein ordnungsmäßiger Huissiersact vorliegen oder auf Verlangen dem Cassationshofe nachträglich vorgelegt werden muß. Man hat verschiedene Surrogate für den Notificationsact geltend zu machen gesucht; der Cassationshof läßt aber nur zwei gelten: das Zugeständniß des Angeklagten und die Vorbringung derselben Abschrift, die sich in dessen Händen befand (Hélie 454; Rolland n. 18—25). Welch große Versuchung zur Heranziehung technischer Bedenken (über die Qualität des Huissiersactes u. s w.) hier gegeben sei, wie bereitwillig sie benützt werde, läßt sich leicht denken (s. z. B. Dalloz n. 1224).

[25]) Nur der C. C. v. 2. April 1846 (Hélie 439) liegt ein Fall zu Grunde, wo ungeachtet der Zustellung des Verweisungserkenntnisses wegen Nichtzustellung der Anklageschrift allein vernichtet wurde. Allein alle Gründe, welche Hélie für die absolute Nichtigkeit vorbringt (p. 436), sind hier entkräftet: man kann hier nicht sagen, „daß es dem Angeklagten absolut unmöglich war, seine Vertheidigung vorzubereiten, da er weder die Beschaffenheit der Anklage, noch die Thatsachen, auf welche sich dieselbe stützt, kannte", noch „daß ihm das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß entzogen worden sei, da er es ohne Kenntniß des Actenstückes nicht ausüben konnte."

wurde. In der C. C. v. 19. Nov. 1834 ist ausdrücklich gesagt: „Die Nichtigkeit trifft nicht blos die etwa erfolgende Verurtheilung, sondern unter allen Umständen auch die Verhandlung und die Anklageschrift; die Verhandlung über mehrere Anklagepunkte muß als eine einheitliche angesehen werden, und die Nichtigkeit eines Theiles macht daher das Ganze fehlerhaft; das Gesetz verlangt von den Geschwornen keine Rechenschaft über die Gründe ihrer Ueberzeugung, und da sie ihre Meinung nach dem Gesammteindrucke der Verhandlung bilden, ist es unmöglich, zu bestimmen, ob ihre Bejahung eines Anklagepunktes nicht theilweise durch den nichtigen Theil der Verhandlung herbeigeführt wurde." Dies Alles ist auch richtig, sobald nicht blos die Anklageschrift, sondern auch die Hauptverhandlung auf das Factum ausgedehnt wurde; wie aber, wenn nur das erstere, nicht auch das letztere der Fall war? — Andere Mängel in der Schlußformel der Anklageschrift bewirken nur dann Nichtigkeit, wenn sie in die Frage an die Geschwornen übergegangen sind[26]). Demnach sind es nicht die Mängel der Anklageschrift selbst, welche die Nichtigkeit begründen, sondern nur die durch sie veranlaßten in der Hauptverhandlung begangenen Fehler; werden letztere vermieden, so bleibt das Verfahren giltig.

b) Die Anklageschrift kann aber, wie von Niemand bestritten wird, durch ihre leidenschaftliche, parteiische Haltung, durch Anführung unwahrer, actenwidriger Thatsachen, durch Heranziehung ungehöriger, dem Angeklagten seine Lage wesentlich und ungebührlich erschweren; sie kann ferner (s. oben §. 2. I. 2.) das Princip der Mündlichkeit wesentlich beeinträchtigen und namentlich die Vorschrift des Gesetzes vereiteln, daß die in der Voruntersuchung abgelegten Aussagen den Geschwornen in das Berathungszimmer nicht mitgegeben werden dürfen. Man ist in Frankreich so ziemlich einig darüber, daß alle diese Mängel einer Anklageschrift die Nichtigkeit des Verfahrens *nicht* zu begründen vermögen[27]). Art. 232 des Code des délits hatte die Außerachtlassung der für die Anklageschrift ertheilten Vorschriften mit Nichtigkeit bedroht; zahlreiche Vernichtungen von Wahrsprüchen waren die Folge davon, und man konnte nicht zweifeln, daß die Nichtigkeitsandrohung im Code

[26]) Treffend führt dies Hélie (431) aus, welcher auch eine C. C. v. 29. Januar 1852 anführt, die allerdings nur den Fall betrifft, daß die *Aufschrift* der Anklageschrift auf Versuch der Brandstiftung statt auf Brandstiftung lautete.

[27]) Hinsichtlich der Verletzung der Mündlichkeit s. jedoch §. 2 Anm. 2. — Im Uebrigen s. Dalloz n. 1188; Hélie VI 422 ff.

d'Instr. mit Bedacht weggelassen wurde; zumal, da gegen das eigentliche Surrogat des früheren Anklageactes, gegen das Verweisungserkenntniß, jetzt selbstständige Rechtsmittel gewährt wurden. Zahlreiche C. Entscheidungen erkennen daher den Grundsatz an, daß die Redaction des Anklageactes Sache des öffentlichen Ministeriums sei, daß es daher, wenn der Beamte der Staatsanwaltschaft dabei seine Pflichten verletzt, keine unmittelbare Abhilfe gebe, und selbst kaum eine Klage gegen diesen Beamten zulässig sei (für letzt. namentl. Erk. der Requstenkammer des Cassationshofes v. 24. Dec. 1822) [28]). Indeß hatte selbst die Praxis jener Zeit, in welcher eine ausdrückliche Nichtigkeitsandrohung bestand, in welcher die Anklageschrift das von Geschwornen genehmigte Werk eines Richters, des Directeur du Jury, war, zahllose Beispiele von groben Mißbräuchen an den Tag gebracht (s. §. 2 Anm. 1). Mit Recht hat man daher die kategorische Ausschließung der Nichtigkeit schon früh bedenklich gefunden. Bourguignon z. B. führt einen unter der älteren Praxis vorgekommenen Fall an; es handelte sich um einen Kindesmord, und die Anklageschrift versicherte, die Beschuldigte habe bei ihren ersten Verhören angegeben, Niemand von ihrer Schwangerschaft etwas gesagt zu haben; die Protokolle aber wiesen vielmehr aus, daß sie eine Person bezeichnet habe, der sie die Mittheilung gemacht habe. Der Anklageact ward mit dem ganzen nachfolgenden Verfahren vernichtet. Carnot erkennt an, daß der Zweck des Gesetzgebers gewesen sei, frivole Nichtigkeitsbeschwerden abzuschneiden; allein er spricht die Ansicht aus, daß, wenn die Anklageschrift Entlastungsmomente übergeht, sie zu vernichten sei, weil das keine Anklageschrift im Sinne des Gesetzes wäre; es sei sonst möglich, daß ein Umstand der Würdigung den Geschwornen ganz entzogen werde. Darin manifestirt sich nun allerdings ein großes Mißtrauen gegen die Vollständigkeit der Hauptverhandlung und gegen die Thätigkeit des Präsidenten wie des Vertheidigers. Viel bedenklicher als (in diesem Sinne) unvollständige sind offenbar solche Anklageschriften, welche darauf berechnet sind, die Leidenschaften gegen den Angeklagten aufzurufen, Vorurtheile gegen ihn zu erregen, kurz die Verurtheilung auf andere Art als durch Beweisführung zu erwirken. Solchen Anklageschriften gegenüber wagt Hélie nicht, die Regel, daß das Exposé der Anklageschrift keine Nichtigkeit begründen könne, kategorisch auszuspre-

[28]) Dallos a. 1198.

chen; es würde, meint er, sich kaum behaupten lassen, daß die Vertheidigung nicht gestört und das Verfahren ein regelmäßiges gewesen sei; allein es komme auf die Würdigung des einzelnen Falles an, und „ich beeile mich, hinzuzufügen, daß solche Excesse, welche die Theorie allerdings vorhersehen muß, nie vorkommen werden“ [29]). Dagegen scheint es mir, daß der Angeklagte das Recht habe, gegen die Vorlesung und Mitgabe einer solchen Anklageschrift Verwahrung einzulegen, und daß der Gerichtshof auf die Verwahrung hin die Vertagung der Verhandlung aussprechen müßte, um der Staatsanwaltschaft zur Einbringung einer neuen Anklageschrift — falls sie nicht vorzieht, die Verhandlung ohne Anklageschrift vor sich gehen zu lassen — Zeit zu geben. Die Verweigerung einer solchen Verfügung, wo sie mit Recht begehrt ist, begründet meines Erachtens eine Verletzung wesentlicher Rechte der Vertheidigung, und somit Nichtigkeit des Verfahrens.

IV. Die vorzeitige Veröffentlichung der Anklageschrift ist durch das Gesetz v. 27. Juli 1849 (art. 10) verboten worden. Es ist dieses Verbot, den officiellen Motiven zufolge, im Interesse des Angeklagten erlassen, und bindet daher die Staatsanwaltschaft nicht minder als das Publikum. Schon vor jenem Gesetze war indeß der Versuch gemacht worden, aus der Veröffentlichung der Anklageschrift vor Beginn der Hauptverhandlung eine Nichtigkeitsbeschwerde abzuleiten; allein er wurde in den zwei bekannt gewordenen Fällen [30]) deshalb zurückgewiesen, weil die Veröffentlichung nicht verboten sei, im zweiten (Affaire Lafarge) auch noch aus dem weiteren Motive, weil das öffentliche Ministerium an der Veröffentlichung keinen Antheil habe. Der erste dieser beiden Gründe ist nunmehr weggefallen, der zweite muß nicht immer eintreten. Aber trotzdem könnte man wohl kaum behaupten, daß hier ein zureichender Grund für die Vernichtung vorhanden sei; — die Veröffentlichung der Anklageschrift würde sonst dem Angeklagten Straflosigkeit für immer sichern. Wohl aber mag darauf ein Vertagungsantrag gestützt werden [31]).

[29]) Es ist leicht zu erkennen, wie auch hier die große Unklarheit, welche über die verschiedenen Arten der Nichtigkeitsgründe herrscht, sich wirksam zeigt und Inconsequenzen hervorruft. Daß art. 242 keine Nichtigkeitsandrohung enthält, davon glaubt man seit 1845 absehen zu dürfen; davon aber, daß vom art. 241 dasselbe gilt, nicht. Und doch droht dem Angeklagten von einer schlechten Anklageschrift mehr Gefahr, als von dem Mangel eines solchen Actenstückes oder seiner Notification.

[30]) C. C. v. 23. Juni 1836 und v. 12. Dec. 1840.

[31]) Dalloz N. 1231.

§. 5. Präsidentenverhör.

Art. 293 C. d'Instr. (entsprechend den älteren Gesetzen von 1791 und v. 3. brumaire IV) schreibt vor, daß der Präsident des Assisenhofes oder ein von ihm abgeordneter Richter den Angeklagten binnen 24 Stunden nach seiner Einlieferung in das Gefängniß des Assisenhofes zu vernehmen habe. Diese Vernehmung hat einen dreifachen Zweck. Der Angeklagte soll über die ihm gegen das Verweisungserkenntniß zustehenden Rechtsmittel belehrt — zur Bestellung des Vertheidigers veranlaßt — und schließlich in die Lage gebracht werden, sich über die Sache selbst auszusprechen, wenn er von seinen bisherigen Angaben abgehen und dadurch etwa die Ladung neuer Zeugen oder eine Ergänzung der Voruntersuchung nothwendig machen möchte. Wichtig ist für die Beurtheilung dieses Verhöres namentlich eine Entscheidung des Cassationshofes v. 12. Juli 1844, womit im Gegensatze zu älteren Entscheidungen (und seither constant) das Verhör als eine wesentliche Förmlichkeit, deren Unterbleiben Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat, erklärt wurde, „in Anbetracht, daß dieses Verhör, obgleich nicht unter Androhung der Nichtigkeit angeordnet, eine wesentliche Förmlichkeit ist, deren Beobachtung für die Entdeckung der Wahrheit sowohl im Interesse des Angeklagten, als in dem der Anklage unerläßlich ist .....; daß dasselbe — abgesehen von der Bestellung des Vertheidigers und von der Belehrung des Angeklagten über das gegen das Verweisungserkenntniß ihm zustehende Rechtsmittel der Cassation — zum Zwecke hat, demselben noch vor Eröffnung der Verhandlung die Möglichkeit zu bieten, die ihm nützlich scheinenden Aenderungen seiner in der Untersuchung abgelegten Aussagen vorzubringen, — den Präsidenten mit den Modificationen des Verhandlungsmateriales bekannt zu machen, und daß endlich dieses Verhör das gewöhnliche Mittel ist, dem Präsidenten, der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten die Nothwendigkeit einer Ergänzung der Voruntersuchung .... bemerkbar zu machen“ [32]). Auf die dadurch dem Präsidenten gebotene Gelegenheit, die Persönlichkeit des Angeklagten näher kennen zu lernen [33]), scheint man

[32]) Hélie VIII. 534. Fast ganz übereinstimmend C. C. vom 26. Juli 1844; Dalloz N. 1251 und mehrere andere. Dalloz N. 1252. Rolland art. 293 n. 2.

[33]) Würth S. 417; Hye-Glunek S. 268. Rulf II. 10. Regierungsmotive zur St. P. O. für Sachsen S. 253, dagegen Deput.-Bericht S. XLI. (siehe Schwarze Commentar §. 268).

in Frankreich wenig Gewicht zu legen[34]). — Eine sehr große Bedeutung hat dagegen das Verhör als der formelle Ausgangspunkt der eigentlichen Vertheidigungsgeschäfte.

Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

1. Das Verhör wird gegenwärtig als eine wesentliche Förmlichkeit angesehen; wenn es unterblieben ist, so tritt Nichtigkeit des ganzen nachfolgenden Verfahrens ein[35]).

2. Dies gilt jedoch nur von solchen Personen, welche wegen eines Verbrechens vor die Assisen gestellt werden[36]). Auch braucht das Verhör nicht wiederholt zu werden, wenn eine Verschiebung der Sache auf eine spätere Sitzung oder eine Vernichtung und Wiederholung der Hauptverhandlung stattfindet[37]).

3. Zur Vornahme des Verhörs ist in erster Linie der Assisenpräsident oder ein von ihm belegirter Richter (art. 293 C. d'Instr.), im Falle der Abwesenheit oder Verhinderung des Präsidenten aber der Präsident des Gerichtes erster Instanz am Sitze des Assisenhofes (art. 91 des Decretes v. 6. Juli 1810) berufen. Da indeß angenommen wird, daß unter dem Assisenpräsidenten nicht gerade derjenige Richter zu verstehen sei, welcher bei der Schwurgerichtsverhandlung gegen diesen Angeklagten den Vorsitz führt[38]); da ferner auch dem Tribunalspräsidenten das Recht

---

[34]) Die oben angeführte Entscheidung vom 12. Juli 1844 spricht davon eben so wenig, als Hélie, obgleich dieser es lebhaft (gleich Carnot) beklagt, daß der Assisenpräsident das Verhör fast nie selbst vornimmt, sondern dieses Geschäft anderen Personen überläßt. Man muß indeß bedenken, daß in sehr vielen Fällen der Präsident nur die Wahl hat, sich vertreten oder die gesetzliche Frist verstreichen zu lassen. Freilich wird ein Richter, der die Acten nicht studirt hat, wenig Gewicht auf die ihm unverständlichen Antworten des Angeklagten legen, und ein Richter, der nicht selbst die Hauptverhandlung leiten soll, das Eingehen des Angeklagten auf die Sache eher abwehren, als begünstigen. Das beweist aber eben, daß der ganze über die Formalien hinausgehende Nutzen des Präsidentenverhörs dem Zufalle preisgegeben ist. Andererseits gehört dasselbe zu denjenigen Dingen, die am ehesten inquisitorische Verirrungen des Präsidenten verursachen können. Lacuisine findet es nöthig, an die Feierlichkeit des Momentes zu erinnern: „Dans ce commerce intime de la justice humaine avec un malheureux sans appui, cette première mission du magistrat s'exerce dans les sollicitudes de sa prévoyance, comme plus tard elle s'accomplira dans les sévérités de la loi. A d'autres temps donc les fonctions rigoureuses, la crainte et ses émotions, le reproche et ses amertumes . . .."

[35]) Siehe die Anm. 32 angeführten Entscheidungen.

[36]) Rolland 293. n. 1.

[37]) Auch nicht nach einer Intermediär-Untersuchung. Dalloz n. 1259. 1260 Hélie VIII. 534. Rolland n. 7—11. Anspach S. 6. Anm. 3.

[38]) Schon Carnot meint, daß, so lange der Assisenpräsident der nächsten Session nicht ernannt ist, der der vorhergehenden durch das Gesetz berufen sei, und in diesem

der Delegation eingeräumt wird [39]); und da schließlich von jedem Richter, der das Verhör vornimmt, vermuthet wird, er sei dazu delegirt [40]), so kann man wohl als feststehend annehmen, daß das Verhör giltig von jedem Richter vorgenommen werden könne [41]).

4. Ueber das Verhör muß ein Protocoll aufgenommen werden, welches die vom Angeklagten abgegebene Erklärung constatirt und vom Präsidenten, dem Greffier und dem Angeklagten (falls dieser nicht die Unterschrift ausdrücklich verweigert) unterzeichnet sein muß (art. 296 al. 2 C. d'Instr.) Fehlt eines dieser Momente, so ist das Verhör nicht genügend constatirt und das weitere Verfahren nichtig [42]).

5. Die vom Gesetz vorgezeichnete Frist von 24 Stunden, binnen welcher das Verhör vorzunehmen ist, läuft von dem Augenblicke, wo sowohl die Acten als der Angeklagte beim Gerichte des Assisenortes eingelangt sind [43]). Eine Verspätung hat an sich keine Nichtigkeit zur Folge [44]), allein sie bewirkt, daß die Rechtskraft des Verweisungserkenntnisses suspendirt bleibt [45]); und jedenfalls kann der Angeklagte verlan-

---

Sinne (theilweise aber auch unter Voraussetzung einer Delegation des Zunächstberufenen) gelangt man dahin, daß das Verhör giltig vornehmen könne: der Präsident der nächst vorhergehenden ordentlichen und außerordentlichen Session, oder auch der einer nachfolgenden außerordentlichen oder ordentlichen Session. Der Umstand, daß dieser Präsident an der Fällung des Verweisungserkenntnisses theilgenommen hat, ist kein Hinderniß. — Der Präsident kann einen anderen Richter delegiren, und zwar ohne dabei auf die Mitglieder des Assisenhofes beschränkt zu sein. Die Delegation ist, wie Carnot (art. 293 n. III.) bemerkt, eine allgemeine, und gibt dem Delegirten das Recht der weiteren Delegation (Hélie VIII. 534 ff. Dalloz N. 1253. 1254. 1256. Rolland n. 13—16).

[39]) Bourguignon art. 293[c]). Dalloz n. 1255. 1256. Rolland n. 20. 22 (das Recht des Tribunalpräsidenten geht von selbst auf den Vicepräsidenten über).

[40]) Hélie VIII. 536. Dalloz n. 1257. 1258.

[41]) In Belgien nimmt man wenigstens Anstand, das Präsidentenverhör vom Untersuchungsrichter vornehmen zu lassen (Anspach S. 6 Anm. 6), und gewiß mit Grund; allein in Frankreich begründet auch das keine Nichtigkeit (Hélie V. 99. VIII. 537. Dalloz n. 1256. Anspach a. a. O.).

[42]) Andere Formbedenken (z. B. daß das ganze Protokoll, einschließlich der Antwort, gedruckt ist, daß kein Dolmetsch beigezogen ist) begründen keine Nichtigkeit. Hélie VIII. 539—543. Rolland n. 27—35. Morin V° Cour d'Assises Sect. II. §. 1. N. 28. Dalloz 1263—1266.

[43]) Carnot art. 183 n. I.

[44]) Dalloz n. 1261. Rolland n. 3. Das Verhör kann übrigens vor Ablauf der 24 Stunden, ja giltig selbst vor der Zustellung des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift vorgenommen werden; doch ist dies nicht zu billigen; auch läuft dann die Frist erst von der Zustellung. Rolland n. 4—6.

[45]) Art. 296 C d'Instr. Freilich ist nicht geradezu ausgesprochen, daß nicht zur Verhandlung geschritten werden könne; nur, daß dem Angeklagten, wenn er nicht über sein Rechtsmittel belehrt ist, dieses für das Endurtheil vorbehalten wird.

gen, daß ihm zur Vorbereitung seiner Vertheidigung Zeit gegönnt werde [46]).

§. 6. Ergänzung der Voruntersuchung (Instruction complémentaire).

Art. 303. 304 Code d'Instruction.

Der Proceßgrundsatz, daß von richterlichen Amts wegen nicht blos in der Voruntersuchung, sondern auch in der Hauptverhandlung für die Entdeckung der Wahrheit zu sorgen sei, bringt es mit sich, daß in jedem Stadium des Proceßes die Möglichkeit geboten sein muß, die sich darbietenden Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes gerichtlich zu benützen und das Ergebniß zu den Proceßacten zu bringen.

Andererseits ist mit dem Verweisungserkenntnisse die Sache in ein neues Stadium getreten; sie ist dem bisherigen Untersuchungsrichter ganz aus den Händen genommen: dem Angeklagten steht jetzt erst die Einsicht der Untersuchungsacten und der Verkehr mit seinem Vertheidiger offen, während er durch das Verweisungserkenntniß und die Anklageschrift erfährt, worauf es eigentlich in der Sache ankomme. Er kann es wünschenswerth finden, daß gewisse Erhebungen noch vor der Hauptverhandlung gepflogen werden, theils um für dieselbe genügend vorbereitet zu sein, theils um nicht unter den Zufällen zu leiden, welche möglicher Weise das Wegbleiben von Zeugen in der Hauptverhandluug bewirken.

Aus diesen Gründen ist es zulässig und nothwendig, daß nach Fällung des Verweisungserkenntnisses und vor dem Beginne der Hauptverhandlung Untersuchungsacte stattfinden; ihre Vornahme bildet das, was man die Zwischen- oder Ergänzungsuntersuchung (instruction intermédiaire et complémentaire) nennt. Ihre rechtliche Natur ist durch die oben bezeichneten Zwecke, auf welche sie sich zu beschränken hat, bezeichnet. Sie ist eine Fortsetzung der Voruntersuchung, die Nachtragung von Acten, deren Nothwendigkeit sich erst herausstellt, nachdem der Untersuchungsrichter sein Geschäft geschlossen hat; sie darf aber nicht

---

[46]) Dalloz n. 1262. Es ist indeß nothwendig, zu berücksichtigen, daß die Bestellung des Vertheidigers und der Verkehr mit ihm vom Verhöre abhängen. In dem der C. C. v. 30. April 1841 zu Grunde liegenden Falle war der Angeklagte am 30. Jänner in's Gefängniß gebracht, aber erst am 8. März verhört worden; da indeß die Verhandlung erst 10 Tage später stattfand, nahm man an, daß dem Angeklagten Zeit genug gelassen worden, seine Vertheidigung vorzubereiten.

von der an die Stelle des Letzteren tretenden Person dazu benützt werden, eine ihren Ansichten entsprechende Wiederholung und Verbesserung der Voruntersuchung zu bewirken.

Hieraus ergibt sich:

1. Zur Vornahme oder doch zur Leitung der Zwischenuntersuchungsacte ist in erster Linie der Assisenpräsident berufen; es gelten zwar hinsichtlich der Frage, wer als Präsident anzusehen sei und wer ihn vertreten könne, dieselben Grundsätze wie beim Präsidentenverhöre, doch wird nicht bezweifelt, daß nur in Fällen dringender Nothwendigkeit ein anderer Richter, als derjenige, welcher in der Hauptverhandlung den Vorsitz führen soll, zur Anordnung der Zwischenuntersuchung berechtigt sei [47]).

2. Die Berechtigung des Präsidenten beginnt mit dem Augenblick, wo einerseits seine Ernennung veröffentlicht ist, andererseits das Verweisungserkenntniß die Zuständigkeit des Assisenhofes begründet hat [48]). Sie endigt mit dem Momente, wo die öffentliche Verhandlung eröffnet wird [49]). Die Befugnisse, die der Präsident in der Zwischenuntersuchung übt, sind namentlich dadurch von seinem pouvoir discrétionnaire gesondert. Das pouvoir discrétionnaire kann der Präsident nur in offenem Assisenhofe, also in Gegenwart der anderen Richter und der Parteien, ausüben; wenigstens können die Erhebungen selbst, wenn auch einseitig angeordnet, nur so vorgenommen werden, und die Voraussetzung ist hier, daß Vorfälle in der Hauptverhandlung selbst einen Act der discretionären Gewalt nothwendig gemacht haben, eine Nothwendigkeit über welche freilich der Präsident allein zu urtheilen hat. Dagegen ist diese Gewalt ein persönliches Attribut des Präsidenten, während er in der Zwischenuntersuchung nur im Namen und Auftrage des Assisenhofes handelt, so daß z. B. (art. 304) nur dieser und nicht der Präsident in der Zwischenuntersuchung ausgebliebene Zeugen bestrafen darf. Die praktischen Consequenzen sind keineswegs unbedeutend; so erlischt mit der Eröffnung der Hauptverhandlung die Möglichkeit des Präsidentenverhörs, wie eben in der Anmerk. 49 angeführten Entscheidung des Cassationshofes ausgesprochen wurde, in einem Falle, wo der

[47]) Hélie VIII 545. Rolland art. 303. n. 3. 4.

[48]) Es ist nicht nöthig, daß das Verweisungserkenntniß dem Angeklagten bereits mitgetheilt sei. Hélie 546. Rolland n. 1. 5.

[49]) C. C. v. 2. Oct. 1845 bei Rolland n. 2.

Präsident während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung den Angeklagten in seinem Cabinete verhört, ihm ein Schriftstück abgenommen und es Sachverständigen zur Begutachtung zugewiesen hatte. Die Erhebungen in der Zwischenuntersuchung sind rechtlich den Acten der Voruntersuchung gleichgestellt, sind daher mehr als bloße renseignements; dagegen können Unregelmäßigkeiten der Zwischenuntersuchung unter Umständen Nichtigkeit der Hauptverhandlung herbeiführen, während, wenn die Ordonnanz des Vorsitzenden, vermöge welcher die Protokolle den Acten des Processes beigefügt werden, erst nach der Hauptverhandlung ergeht, das pouvoir discrétionnaire, auf welchem sie sodann beruht, jede Unregelmäßigkeit deckt [50]).

3. Der Präsident (und der seine Stellung vertretende Richter) kann die nachträglichen Erhebungen auch im Wege der Requisition vornehmen lassen [51]). In der Regel ergeht die Requisition an den Untersuchungsrichter des Bezirkes, wo die zu vernehmenden Personen wohnen [52]). Der requirirte Richter hat die von ihm aufgenommenen Protokolle im Originale versiegelt an den Greffier des Assisenhofes einzusenden [53]). Eine Ordonnanz des Präsidenten verfügt sodann, daß sie den Acten beizuziehen sind.

[50]) C. C. v. 31. Juli 1847. Rolland n. 35.

[51]) Es ist sogar bezweifelt worden, ob der Präsident und sein Stellvertreter überhaupt das Recht haben, selbst Erhebungen vorzunehmen, und nicht vielmehr Andere requiriren müssen (Dalloz n. 1384); und in der That spricht art. 303 nur von dem Rechte der Requisition. Allein dieses Recht kann ja nur ein Ausfluß der dem Präsidenten unmittelbar zustehenden Befugnisse sein; überdies läßt art. 304 keinen Zweifel daran, daß der Präsident die Zeugen selbst vorladen könne. Vergl. schon Carnot obs. III.

[52]) Der Präsident ist aber an diese Beschränkung nicht gebunden; er kann schon nach art. 503 auch den Untersuchungsrichter eines anderen Bezirkes requiriren. Auch an die Grenzen des Sprengels des Assisenhofes ist der Präsident nicht gebunden (Hélie 545, Anm. 4. Allein die daselbst angeführte C. C. vom 20. Jänner 1832 bezeichnet die Delegation eines Untersuchungsrichters eines anderen Assisenbezirkes als unregelmäßig; Rolland n. 20). So kann selbst ein Untersuchungsrichter aus dem Sprengel eines wegen Verdachtes der Parteilichkeit ausgeschlossenen Assisenhofes requirirt werden (Hélie 545), obgleich man meinen sollte, daß die Analogie des art. 431 dagegen streite. Auch die Ausschließung desjenigen Untersuchungsrichters, welcher die Voruntersuchung geführt hat, ist nirgends ausgesprochen. Dagegen hatte man früher Bedenken, ob statt des Untersuchungsrichters ein Friedensrichter requirirt werden könne, und schien dies wenigstens in dem Falle für unzulässig zu halten, wenn der Friedensrichter in demselben Canton wohnt (C. C. v. 3. Februar 1820, Dalloz 1347). Später setzte man sich über diese Bedenken hinaus, weil art. 303 indicativ, und nicht limitativ zu verstehen sei (C. C. v. 7. Juli 1847, Helie 545, Dalloz a. a. O.). Die Sache ist um so unbedenklicher, weil der requirirte Richter selbst wieder sich einen Friedensrichter und einen Polizeicommissär substituiren kann (C. C. v. 11. Dec. 1855; Hélie 545, Anm. 7; Rolland n. 19).

[53]) Man will dadurch strenge Geheimhaltung erreichen (Carnot obs. VI).

4. In Bezug auf die Beschaffenheit der vorzunehmenden Untersuchungsacte besteht keine Beschränkung; Alles, was in der Voruntersuchung zulässig gewesen wäre, ist es auch jetzt [54]). An die Anträge der Parteien ist er dabei nicht gebunden [55]), weder in dem Sinne, daß er sie abzuwarten hätte, noch in dem daß er gebunden wäre, ihnen zu entsprechen. Er entscheidet über solche Anträge und über die ihm nöthig scheinenden Untersuchungsacte allein, ohne übrigens dabei an bestimmte Formen gebunden zu sein [56]).

5. Ueber den Umfang, welchen der Präsident seinen Erhebungen geben darf, herrscht keine völlige Klarheit. Auf der einen Seite ist die Analogie zwischen der Aufgabe des Untersuchungsrichters und der des Präsidenten auffallend; die Pflicht, alles für die Ermittlung der Wahrheit Nöthige zu thun, verträgt durchaus keine Einschränkung. Andererseits schließt das Gesetz den Untersuchungsrichter und jene Richter, welche an der Fällung des Verweisungserkenntnisses Theil nahmen, von dem Assisenhofe aus, und es kann daher unmöglich in seinem Geiste liegen, wenn der Präsident thatsächlich sich zum Untersuchungsrichter macht. Ueberdies spricht die einzige Gesetzesstelle, auf welcher die Zwischenuntersuchung beruht, nur von der Vernehmung „neuer" Zeugen. Man muß es daher als richtig ansehen, daß der Präsident bereits in der Voruntersuchung vernommene Personen nur über neu angeregte Thatsachen vornehmen dürfe. In keinem Falle aber darf er die Voruntersuchung wieder eröffnen und nach seinem Ermessen umgestalten; es muß vielmehr zu erkennen sein, daß die von ihm angeordneten neuen Erhebungen auf irgend einer neuen Veranlassung beruhen, welche ein neues Beweismaterial in Aussicht stellte [57]).

---

[54]) So kann der Präsident Sachverständige beauftragen, den Plan der Oertlichkeiten aufzunehmen, die Bücher eines Kaufmannes zu prüfen; die Ausgrabung und Besichtigung einer Leiche anordnen. Hélie 550. Rolland n. 6. 9. 10.

[55]) Dalloz n. 1348 erwähnt zwar eine entgegengesetzte Meinung; allein dieselbe hat keine Anerkennung gefunden.

[56]) Rolland n. 14. 15.

[57]) Hélie 546—550. Dalloz n. 1348. Eine C. C. v. 12. März 1836 hatte (im Sinne Carnot's art. 303 obs. I.) in einem Falle, wo der Präsident 28 Zeugen verhört hatte, Nichtigkeit des Verfahrens ausgesprochen, weil sich darunter viele bereits früher Vernommene fanden, „weil er somit einen Uebergriff begangen, die Competenzregeln verletzt und das Recht der Vertheidigung beeinträchtigt habe." Nicht lange darauf (am 22. April 1836) erwirkte Dupin ein Erkenntniß, durch welches eine solche wiederholte Vernehmung zweier Zeugen für giltig erklärt wurde: „Wenn art. 303 von neuen Zeugen spricht, so verbietet er doch nicht ausdrücklich die wiederholte Abhörung bereits Vernommener; vielmehr ermächtigt der ihn beherrschende art. 301 zur Fortsetzung der Borun-

6. Weder der Untersuchungsrichter noch der Staatsanwalt ist berechtigt, Acte der Zwischenuntersuchung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen; werden die auf diese Weise aufgenommenen Protokolle in der Hauptverhandlung als Beweise benützt, so hat dies Nichtigkeit der Verhandlung zur Folge [58]).

7. Die Parteienrechte des Angeklagten sind bei Acten der Zwischenuntersuchung eben so beschränkt, wie in der Voruntersuchung. Er hat wohl das Recht, solche Untersuchungsacte zu beantragen (siehe oben 4); allein es braucht ihm keine Gelegenheit gegeben zu werden, sich beabsichtigten Erhebungen zu widersetzen oder ihnen beizuwohnen [59]). Dagegen hat er ein Recht darauf:

---

tersuchung, somit auch zu jedem rechtlich zulässigen Untersuchungsacte .... Das Recht, neue Zeugen zu vernehmen, schließt nothwendig das Recht ein, bereits abgehörte nochmals vorzurufen, um von ihnen die Angabe neuer Zeugen zu erlangen, oder durch sie die Aussagen der Letzteren zu prüfen." Diese letztere Wendung begünstigt allerdings noch eine einschränkende Auslegung, wie sie Hélie (im Wesentlichen in dem im Texte bezeichneten Sinne) mit schlagenden, aus der Natur der Sache gewonnenen Gründen zu vertreten sucht. Allein eine C. E. vom 22. April 1847 (Dalloz n. 1348) hebt ausdrücklich hervor, daß das Gesetz zwischen neuen und schon in der ersten Untersuchung gewonnenen Thatsachen nicht unterscheide (Rolland [n. 12] führt auch noch spätere Entscheidungen aus den Jahren 1852 und 1854 an). Und Hélie selbst kann nicht unterlassen, da, wo er von den zulässigen Untersuchungsacten spricht (551), hinzuzufügen: „Die einzige Bedingung ist, daß alle diese Maßregeln die Feststellung oder Erprobung neuer Thatsachen oder neuer Zeugen, oder die Vorbereitung der mündlichen Hauptverhandlung zum Zwecke haben."

[58]) In einem der C. E. vom 27. Aug. 1840 zu Grunde liegenden Falle hatte der Generalprocurator, um die Angabe des Angeklagten, seine Flinte sei zufällig losgegangen, weil er unversehens in einen Graben getreten, zu widerlegen, dem Friedensrichter aufgetragen, unter Beiziehung eines Sachverständigen die Oertlichkeit genau zu besichtigen und einen Plan aufzunehmen. Protokoll und Plan waren den Untersuchungsacten beigefügt (und somit jedenfalls den Geschworenen in ihr Berathungszimmer mitgegeben) worden. Das Verfahren ward vernichtet, weil der Generalprocurator sich Functionen angemaßt habe, welche nach Fällung des Verweisungserkenntnisses nur dem Assisenpräsidenten zukommen. — In einem anderen Falle hatte der Friedensrichter auf Befehl (oder auf Einladung) des Generalprocurators 78 Zeugen abgehört; und der Präsident das Vernehmungsprotokoll kraft seiner discretionären Gewalt den Acten einverleibt. Auch diesen Vorgang erklärte der Cassationshof (26. August 1847) für unregelmäßig, sah ihn aber als durch die discretionäre Gewalt, durch die (angenommene) Nichtmitgabe des Actes in das Berathungszimmer und durch die Unterlassung von Reclamationen bei der Hauptverhandlung gedeckt an (Dalloz n. 1345. 1347). Allein das unbestrittene Recht der Staatsanwaltschaft, für ihre Zwecke Nachforschungen zu veranlassen (z. B. um die nöthigen Materialien für die Zeugenliste zu gewinnen) einerseits, die unbegrenzte discretionäre Gewalt andererseits werfen auch hier alle Schranken nieder. So sind Fälle vorgekommen, wo die Staatsanwaltschaft Buchauszüge anfertigen, Personen durch einen Friedensrichter oder die Gendarmerie vernehmen ließ u. s. w, und wo das pouvoir discretionnaire des Präsidenten die Protokolle den gerichtlichen Acten einverleibte, ohne daß Nichtigkeit eintrat! Desgleichen ein Fall, wo der Untersuchungsrichter eigenmächtig die Untersuchung wieder eröffnet hatte. Hélie VIII. 493. Rolland n. 27—35.

[59]) Rolland n. 7. 8.

a) daß die Protokolle über die Erhebungen, wenn sie den Acten beigefügt oder in der Hauptverhandlung gebraucht werden sollen, ihm zur Einsicht offen stehen, und

b) daß ihm die Vertagung der Hauptverhandlung bewilligt werde, wenn durch die Zwischenuntersuchung neue Umstände kurz vor der Hauptverhandlung an den Tag gebracht werden [60]).

8. Die Unregelmäßigkeiten, welche bei der Zwischenuntersuchung hervortreten, können doppelter Art sein; sie können:

a) aus der Verletzung der allgemeinen, für die Beweisaufnahme in der Voruntersuchung gegebenen und auch hier anwendbaren Regeln [61]) entstehen, oder

b) aus der Nichtbeachtung der vorstehend dargestellten, speciell für die Zwischenuntersuchung geltenden Grundsätze [62]).

Für Regelwidrigkeiten der ersteren Art hat bekanntlich die französische Praxis den Grundsatz aufgestellt, daß sie auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß geltend gemacht werden müssen, sonst aber durch das letztere gedeckt seien [63]). Fallen sie nun, wie hier vorausgesetzt, erst nach dem Verweisungserkenntnisse vor, so sind sie durch letzteres nicht gedeckt, und wenn sie so beschaffen sind, daß die Nichtigkeit gegen sie ausdrücklich angedroht ist, müssen sie die Nichtigkeit der Hauptverhandlung zur Folge haben [64]).

Wenn jedoch die Nichtigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist, dann wird die Unregelmäßigkeit wohl gleich jenen behandelt werden müssen, welche oben unter b) erwähnt wurden. Für diese aber wird im Allge-

[60]) Hélie 550. Rolland n. 21. 22.

[61]) Daß diese Regeln auch hier maßgebend seien, ergibt sich aus dem Grundgedanken, daß die Zwischenuntersuchung eine Fortsetzung der Voruntersuchung sei; namentlich auch aus art. 283, welcher von dem Falle spricht, wo der Präsident die Functionen eines Untersuchungsrichters besorgt. Bei Rolland n. 13 liegt ein Fall vor, in welchem wegen unterbliebener Beeidigung eines Zeugen Beschwerde geführt wurde; sie ward vom C. H. (9. August 1838) nur aus dem Grunde zurückgewiesen, weil der vorher schon ordnungsmäßig vernommene Zeuge nur bei einer Ortsbesichtigung zur Ertheilung einiger Auskünfte beigezogen worden war.

[62]) Beispiele solcher Unregelmäßigkeiten ergeben sich aus den vorausgehenden Anmerkungen.

[63]) Helie VI. 491 ff. (§. 445).

[64]) Denn sie gehören zur „instruction et la procédure qui auront été faites devant la cour d'assises" (art. 408). Eine C. F. vom 28. Februar 1833 Dalloz 2020, 3°. Rolland art. 408 n. 22), welche sich auf eine in dieselbe Zeit fallende Unregelmäßigkeit bezieht (Ungenauigkeit der Geschwornenliste), spricht aus, daß, wenn nach Beginn der Assisenverhandlung ein vermeintlicher Nichtigkeitsgrund entdeckt wird, der Assisenhof dennoch das Verfahren fortsetzen müsse, ohne dem Cassationshofe vorzugreifen.

meinen der Satz aufgestellt, daß sie nur dann Nichtigkeit bewirken, wenn sie die Vertheidigung beeinträchtigen, bestimmter, wenn sie auf die Hauptverhandlung einen dem Angeklagten nachtheiligen Einfluß geübt haben[65]). Ob dies der Fall sei, das hat der Cassationshof von Fall zu Fall zu beurtheilen; doch scheint es gegenwärtig festzustehen, daß eine Unregelmäßigkeit der Zwischenuntersuchung niemals die Nichtigkeit der Hauptverhandlung zur Folge haben kann, wenn das betreffende Protokoll weder in der Hauptverhandlung verlesen, noch den Geschwornen in ihr Berathungszimmer mitgegeben worden ist[66]). Mitunter ist als Grund der Abweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde auch geltend gemacht worden, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung die Unregelmäßigkeit nicht gerügt habe[67]).

§. 7. Vorbereitung des Beweismateriales. (Art. 315. 321. Code d'Instruction.)

Die Entscheidung über das in der Hauptverhandlung vorzuführende Beweismaterial steht drei verschiedenen Factoren zu: den Parteien, dem Präsidenten kraft seiner discretionären Gewalt[68]) und dem Schwurgerichtshofe. Hélie bezeichnet das Recht des Assisenhofes, neue Zeugen, deren Nothwendigkeit sich in der Verhandlung herausstellt, vorrufen zu lassen, als ein ungeachtet des Stillschweigens des Gesetzes unbestreitbares; und führt drei C. C. (vom 10. Dec. 1841, 16. October 1850 und vom 12. März 1857) an, deren letzte bemerkt, der Assisenhof sei berechtigt, alle gewöhnlichen Untersuchungsacte, welche nach all-

---

[65]) Anspach S. 12, Anm. 6. Dalloz n. 1346.

[66]) Dalloz n. 1346, namentlich die dort angeführte C. C. v. 21. Nov. 1848. Vergl. die C. C. v. 17. Jänner 1856 (Rolland n. 4) und v. 20. Jänner 1832 (Rolland n. 20).

[67]) Dieser Grund ist z. B. in der oben Anm. 57 angeführten C. C. v. 26. August 1847 geltend gemacht. Vergl noch die bei Dalloz n. 1349, bei Rolland n. 4, 21 angeführten Entscheidungen. Uebrigens ist auch die Reclamation des Angeklagten, sein Widerstand gegen die Benützung eines regelwidrigen Protokolles in der Hauptverhandlung lahm gelegt, seitdem der Cassationshof anerkannte (31. Juli 1847. Rolland n. 35), daß solche Protokolle vermöge der discretionären Gewalt des Vorsitzenden à titre de renseignement zugelassen und vorgelassen werden können. Vergl. auch die bei Rolland n. 29–33 angeführten Entscheidungen, von denen nur noch die v. 9. März 1855 erwähnt sei: es handelt sich um einen Fall, wo der Generalprocurator die Zeugen durch die Gendarmerie hatte vernehmen lassen. Vergl. oben Anm. 3 und 11.

[68]) Art. 315 wahrt ausdrücklich das dem Präsidenten vermöge seiner discretionären Gewalt zustehende Recht, Auskunftspersonen nach Belieben vorzuladen (art. 269). Vergl. auch C. C. v. 25. September 1834 bei Rogron art 315.

gemeinem Rechte zulässig sind, und welche jede Jurisdiction habe, vermöge des Grundsatzes, daß der Richter alle geeignet scheinenden, nicht ausdrücklich verbotenen Mittel zur Aufklärung der Thatsache ergreifen könne, anzuordnen.

Trotzdem scheint die Sache in hohem Grade bedenklich. Die inneren Gründe, welche gegen ein solches Recht des Assisenhofes sprechen, sind einleuchtend. Schon durch die unbegrenzte Gewalt des Vorsitzenden werden die Parteien um den Vortheil gebracht, den ihnen das Gesetz durch die Anordnung vorausgehender Mittheilung der Zeugenlisten sichern wollte; indeß ist doch noch wenigstens das ihnen gesichert, daß die vom Präsidenten beigezogenen Personen nicht als Zeugen beeidet, nur als Auskunftspersonen behandelt werden. So wenig Werth man dieser Unterscheidung beilegen mag, so geht sie doch ganz verloren, wenn das besprochene Recht des Assisenhofes zur Ausführung gelangt. Ueberdies aber ist zu berücksichtigen, 1. daß Art. 315 wohl das Recht des Präsidenten wahrt, von dem Rechte des Assisenhofes aber schweigt; 2. daß der Art. 2 des Ges. vom 5. pluviôse XIII, welcher in gleicher Weise das Recht des Assisenpräsidenten wahrte, ausdrücklich hinzufügte: „sans préjudice encore du droit de la cour de justice criminelle, d'ordonner dans le cours des débats, lorsqu'elle le jugera utile, que de nouveaux témoins seront entendus“[69]), 3. daß in einer Entscheidung des C. H. vom 11. September 1840[70]), welche die Aufgabe hat, nachzuweisen, daß der Polizeirichter ein unbeschränktes Recht habe, Zeugen vorzurufen, das analoge Recht des Assisenhofes in auffallender Weise übergangen wird. Es heißt dort: „Jedes Gericht hat das Recht, von Amtswegen jeden Untersuchungsact anzuordnen, der ihm geeignet scheint, die Wahrheit an den Tag zu bringen; es ist das ein zur Beruhigung des Gewissens des Richters nothwendiges Recht des Richters, ein wesentlicher Bestandtheil seiner richterlichen Gewalt; dieses Recht ist in Civilsachen durch mehrere Artikel der Civilproceß-Ordnung, namentlich durch Art. 254 ... anerkannt, im Verfahren wegen Verbrechen durch die Art. 71, 87 u. 88 Code d'Instr. für den Untersuchungsrichter, und im Art. 269 für die Assisenhöfe; und obgleich in den die Polizei- und Zuchtpolizeigerichte betreffenden Capiteln sich keine ähnliche

[69]) Legraverend III. 188.
[70]) Hélie VII. 285. 286. Dalloz a. 808.

Bestimmung findet, muß sie doch hier, wie bei allen anderen Gerichten, Anwendung finden [71]."

Das gegenseitige Verhältniß der Parteien, des Präsidenten und des Assisenhofes ist so geordnet, daß dieselben im Wesentlichen nur die Ergänzung, nicht aber auch die Einschränkung des von Andern vorgeschlagenen Beweismateriales bewirken können [72]), wobei wieder in erster Linie den Parteien, und unter diesen abermals der Staatsanwaltschaft die Hauptaufgabe zufällt [73]).

I. Der Assisenpräsident und der Assisenhof verordnen die Vorrufung (assignation) der Zeugen und Sachverständigen, deren Vernehmung sie für nöthig erachten; den Vollzug dieser Verfügung hat sodann die Staatsanwaltschaft zu besorgen [74]). Zwar werden jene in dieser Richtung in der Regel erst während der Hauptverhandlung thätig; doch steht namentlich dem nichts entgegen, daß der Präsident schon vorher die Vorrufung verfügt, um sodann zur geeigneten Zeit die Vernehmung ungehindert ausführen zu können [75]).

II. Der Staatsanwaltschaft, der Civilpartei und dem Angeklagten steht das Recht zu, Zeugen (und Sachverständige) in unbeschränkter Zahl vorzuladen. Die Vorladung zu bewirken ist Sache desjenigen, dem daran gelegen ist, und sie geschieht auf seine Kosten. Andererseits haben die Staatsanwaltschaft und die Civilpartei dem Angeklagten, und hat

---

[71]) Carnot (art. 315 obs. XIII.) sieht das Recht des Gerichtshofes als aufgehoben an.

[72]) Hélie VIII. 683 ff.

[73]) Der Umstand, daß das Gesetz selbst (art. 321) den dürftigen Angeklagten darauf hinweist, die Vorladung von Entlastungszeugen vom Generalprocurator zu begehren, — die ganze Stellung der Staatsanwaltschaft in dem auf das Untersuchungsprincip gestellten Processe, Alles dies läßt keinen Zweifel daran aufkommen, daß es die Pflicht der Staatsanwaltschaft sei, bei Aufstellung ihrer Zeugenliste auch auf die Entlastungsbeweise, die sich aus den Acten ergeben, Rücksicht zu nehmen. Formell ist aber die Staatsanwaltschaft vollkommen frei in dem Gebrauche, den sie von ihrem Rechte machen will. „Das Gesetz stellt die Anfertigung der Liste jener Personen, deren Zeugniß bei der Verhandlung nothwendig sein mag, vollständig der Staatsanwaltschaft anheim," heißt es in einer C. C. vom 1. Sept. 1853 (vergl. diese und zahlreiche andere Entscheidungen bei Hélie VIII. 579; Rolland art. 315 n. 8 bis 18). Nach diesen Entscheidungen wird der Staatsanwaltschaft insbesondere auch das Recht eingeräumt, bei einer Verschiebung oder Wiederholung der Verhandlung in einer anderen Assisensitzung die Zeugenliste zu ändern. (Wenn aber in einem solchen Falle eine zweite Liste von Seite der Staatsanwaltschaft mitgetheilt wird, nimmt man an, daß dieselbe die erste Liste fallen gelassen habe. Belgische C. C. v. 21. März 1842; Anspach S. 43 Anm. 4).

[74]) Es ist dies die Regel (Hélie VII. 648; Gesetz vom 22. Januar 1851, a. 30); doch steht dem Präsidenten auch jeder andere Weg offen. Rolland a. 269 n. 5.

[75]) Hélie VIII. 474; Rolland a. 278 n. 3 (C. C. v. 14. Juli 1853).

Letzterer der Staatsanwaltschaft die Liste aller Vorzuladenden 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung mitzutheilen; unterbleibt dies, so kann die Gegenpartei, welcher hätte Mittheilung gemacht werden sollen, sich der Zeugenvernehmung widersetzen.

1. Die Ladung der Zeugen geschieht durch Gerichtsvollziehersack, wobei übrigens keine besonderen Förmlichkeiten vorgeschrieben sind[76]). Die Ladung selbst, ohne Bedeutung, sofern nur der Zeuge wirklich erscheint[77]), wird von Wichtigkeit, wenn er ausbleibt, nicht blos wegen der gegen ihn selbst zu ergreifenden Maßregeln, sondern auch, weil die erfolgte Ladung des Zeugen die Voraussetzung des im Art. 354 erwähnten Vertagungsgrundes ist[78]).

2. Die Pflicht zur Mittheilung der Zeugenliste obliegt der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten gegenseitig, ferner der Civilpartei dem Angeklagten gegenüber; dagegen ist der Angeklagte weder seinen Mitangeklagten noch der Civilpartei, und Letztere ist der Staatsanwaltschaft gegenüber nicht dazu verpflichtet[79]).

3. Die Liste muß Namen, Beschäftigung und Wohnort[80]) aller

[76]) Rolland a. 315 n. 16. 17.

[77]) Art. 324 C. d'Instr. bemerkt ausdrücklich, daß die vom Generalprocurator und dem Angeklagten vorgeführten Zeugen auch dann zu vernehmen seien, wenn sie nicht in der Voruntersuchung ausgesagt haben, und wenn sie keine Vorladung erhalten haben. Die letztere Bestimmung begründet eine Abweichung von der für die Voruntersuchung im art. 74 ertheilten, aus dem älteren französischen Rechte herrührenden Vorschrift (vergl. darüber Carnot a. 74; Hélie V. 543), daß Ungerufene nicht zu vernehmen seien. (Auch das ältere schottische Recht kannte dieses Verbot, bis es durch die Acte 9 Geo. IV. c. 29 § 10 aufgehoben wurde. Alis'on Practice of the Criminal Law of Scotland 1833. p. 395 s.) Indeß geschieht im art. 324 der Civilpartei keine Erwähnung; darüber, daß hieraus folge, die Civilpartei könne die Vernehmung eines nicht ordentlich geladenen Zeugen nicht verlangen, ist man einig. Manche (an der Spitze Carnot. a. 324 obs. I, vergl. Rogron a. 325) sehen hierin auch die Ausschließung der Civilpartei von dem Rechte, in der Untersuchung nicht vernommene Zeugen vorzuladen. A. M. Legraverend III. 181.

[78]) Art. 354 C. d'Instr. gibt dem Gerichtshofe das Recht, beim Ausbleiben eines geladenen Zeugen auf Requisition des Generalprocurators die Verschiebung der Sache zur nächsten Assisensitzung auszusprechen. Es ist außer Zweifel, daß dieses Recht dem Generalprocurator auch dann zustehe, wenn der Zeuge nicht auf seinen Antrag geladen ist. Streitig dagegen ist, ob auch der Angeklagte einen solchen Antrag stellen oder nur den Generalprocurator darum ersuchen könne. Die ältere Praxis war (mit Carnot a. 354 obs. VI. VII.) der strengeren, die neuere wendet sich (mit Hélie VIII. 675) der dem Angeklagten günstigeren Ansicht zu. Hélie fügt hinzu, daß auch der Angeklagte den Antrag auf das Ausbleiben eines von der Staatsanwaltschaft vorgeladenen Zeugen stützen könne, da ihn ja das Gesetz selbst ermächtigt, den Staatsanwalt um die Vorladung zu ersuchen. (Siehe auch Rolland a. 351 n. 12. 13.)

[79]) Anspach p. 43. Hélie VIII. 580. Legraverend III. 180.

[80]) Nach dem älteren Code (welcher übrigens dem Angeklagten die Verpflichtung zur Mittheilung einer Zeugenliste nicht auferlegte — a. 346 und 356 Code des délits,

Zeugen, welche die Partei vorladen läßt, angeben, und durch besonderen Gerichtsvollziehersact[81]) dem Angeklagten in Person[82]), der Staatsanwaltschaft aber in der Person des Generalprocurators selbst, des Gerichtsschreibers des Assisenhofes oder des Secretärs der Staatsanwaltschaft[83]) zugestellt werden.

4. Die Frist von 24 Stunden, welche zwischen der Mittheilung der Zeugenliste und dem Beweisverfahren verstreichen muß, ist eine Minimalfrist[84]). Sie beginnt mit der Stunde der Zustellung, welche daher auf dem Gerichtsvollziehersacte zu bemerken ist[85]), und endigt in dem Augenblicke, wo das Beweisverfahren beginnt; genauer: wo der Generalprocurator die abgeschlossene Gesammt-Zeugenliste (IV) dem Gerichtshofe überreicht. Die Bedeutung des im Art. 315 gebrauchten Ausdruckes „24 heures au moins avant l'examen des témoins" ist streitig, und doch von großer praktischer Bedeutung. Merlin hielt sich daran, daß nach dem Gesetze die vom Generalprocurator nach Vortrag

---

Carnot a. 315 C. d'Instr. obs. III) war auch noch die Bezeichnung des Alters erforderlich. Ungenauigkeit in einer dieser Angaben begründet übrigens keine Einwendung gegen die Giltigkeit der Notification, vorausgesetzt, daß dem Gegner dadurch nicht unmöglich gemacht wurde, jene Erkundigungen nach der Person des Zeugen anzustellen, welche den Zweck der Mittheilung bilden (Hélie VIII. 580. 581). Es ist nicht nöthig, daß die Zeugenliste in die Sprache des Angeklagten übersetzt sei (Anspach p. 44, Anm. 10).

[81]) Anspach p. 44, Anm. 13. Hélie l. c. Ungenauigkeiten in dem Gerichtsvollzieheract werden außer Acht gelassen, wenn nur nicht zu bezweifeln ist, daß der Angeklagte die ganze Liste rechtzeitig erhalten habe (Rolland a. 315 n. 23—27. 3).

[82]) Namentlich genügt die Uebergabe an den Gefängnißwärter nicht. (Schon nach einer C. C. v. 17. prairial IX. Carnot obs. X.) Eben so wenig die an einen von mehreren Mitangeklagten, und wären diese selbst Eheleute. Rolland a. 315 n. 28—30. Anspach p. 44. Anm. 11. Legraverend III. 180. Morin V°. Témoin n. 11.

[83]) Anspach l. c. Anm. 12. Legraverend l. c.

[84]) Es steht daher nichts entgegen, daß die Mittheilung selbst längere Zeit vor der Hauptverhandlung erfolge. Legraverend III. 178. Ob aber im Falle der Verschiebung der Hauptverhandlung auf die nächste Assisensitzung oder der Wiederholung derselben in Folge der Cassation die alte Zeugenliste noch Geltung habe? Es scheint so, da sonst die in Anm. 75 erwähnten Fragen nicht hätten auftauchen können.

[85]) Hélie VIII. 581. Legraverend III. 181. Daß die 24 Stunden voll eingehalten sein müssen, und daß das Zeugenverhör nicht stattfinden könne, wenn deutlich erkennbar ist, daß die Frist nicht abgelaufen sei, ist unbestritten (Carnot a. 315. obs. II). Wenn also die Stunde nicht oder in unverläßlicher Weise angegeben ist, muß man offenbar mit der Berechnung bis an den Anfang des nächsten Tages gehen. Dennoch ist behauptet worden, daß, wenn die Mittheilung nur überhaupt am Tage vor der Hauptverhandlung erfolgt sei, eine gesetzliche Vermuthung bestehe, daß die Frist eingehalten sei (C. C vom 26. Juni 1828, 27. Sept. 1832. Hélie 581. 582. Rolland a. 32). Es ist aber nicht abzusehen, worauf diese Vermuthungen sich stützen, noch wozu sie nöthig sein sollte; die Sache muß so bald nach dem Vorfalle zur Sprache kommen, daß der Zweifel über die Stunde der Mittheilung an den Gefangenen sehr leicht gehoben werden kann.

der Anklage vorzulegende Zeugenliste nur solche Zeugen enthalten dürfe, deren Namen u. s. w. gehörig mitgetheilt sind. In diesem Momente also müßte der gesetzlichen Forderung auch bezüglich der Frist entsprochen sein. Der C. H. entschied Anfangs wiederholt in diesem Sinne (C. E. vom 5. Nov. 1812 und vom 12. April 1827), und zwar so, daß die Worte „avant l'examen" auf den Moment der Eröffnung der Hauptverhandlung zu beziehen sind. — Für diese Entscheidung wird sachlich geltend gemacht[86]), daß während der Hauptverhandlung die Parteien durch diese in Anspruch genommen und daher außer Stande seien, jene Nachforschungen anzustellen, zu welchen ihnen durch die Mittheilung der Liste Gelegenheit gegeben werden soll. — Seit langer Zeit hat sich jedoch der C. H. einer laxeren Auffassung zugewendet, nach welcher die Frist bis zum Momente der Vernehmung des einzelnen Zeugen läuft[87]). Vom Standpunkte der bloßen Auslegung spricht für diese Praxis Folgendes: Unter der Herrschaft des Code des délits war wiederholt in diesem Sinne entschieden worden (23. frimaire XIV, 27. August 1807, 20. Mai 1808; s. Carnot obs. XIII — freilich auf Grund des oben Seite 98 erwähnten Gesetzes vom J. XII —). Dennoch fügt der Code d'Instr. den im art. 346 des Code des délits vorkommenden Worten avant l'examen (dem technischen Ausdruck für die Hauptverhandlung) die beschränkenden Worte des témoins bei. Die Frage ist von großer Bedeutung, weil an sie die Frage geknüpft wurde, ob nach Eröffnung der Hauptverhandlung nachträgliche Listen (listes supplétives) zugelassen seien. Daß der Zusammenhang kein untrennbarer sei, geht schon daraus hervor, daß z. B. Carnot und Legraverend sich für die Zulässigkeit der Nachtragslisten aussprechen, obgleich Ersterer den Termin bis zur wirklichen Vernehmung des Zeugen laufen läßt, Letzterer die strictere Auffassung nachdrücklich vertritt. Indeß jene älteren Entscheidungen des Cassationshofes waren auch gegen die Nachtragslisten gerichtet; die neueren lassen sie zu[88]), unter der Voraussetzung natürlich, daß die Notification der Vernehmung des Zeugen um 24 Stunden vorhergegangen sei.

---

[86]) Legraverend III. 182. Hélie VIII. 583. Auch in (Ruppenthal's) Materialien zur Revision der rheinpreußischen Strafproceßordnung Art. 274 heißt es: Beginn der Sitzung. — Der entgegengesetzten Ansicht sind Bourguignon und Carnot.

[87]) C. E. vom 16. November 1844, 18. Juni 1846, 24. Januar 1850. Hélie a. a. O. Rolland n. 33. Morin V°. Témoin n. 10.

[88]) z. B. C. E. v. 27. Juni 1850. Rolland n. 34.

Das Richtige scheint nun zu sein, daß, wenn schon dem Gerichtshofe das Recht zugesprochen wird, Zeugenvernehmungen während der Hauptverhandlung anzuordnen, den Parteien nur mehr das Recht bleiben sollte, einen hierauf gehenden Beschluß des Gerichtshofes zu beantragen, während andererseits in solchem Falle der Gegenpartei 24 Stunden zu Erkundigungen um die Person des Zeugen auf ihr Verlangen offen gelassen werden sollten.

Ueber den Vorgang bei der Einbringung einer Nachtragsliste bemerkt Legraverend: dieselbe sei bei Beginn jener Sitzung, welche dem Ablaufe der 24stündigen Mittheilungsschrift folge, vorzulegen.

III. Dem Angeklagten, welchem die Mittel zur Bestreitung der Ladung von Zeugen fehlen [89]), sind jetzt zwei Wege geöffnet: er kann sich an den Generalprocurator wenden und diesen um die Aufnahme der von ihm vorgeschlagenen Personen in die Liste der Staatsanwaltschaft ersuchen (a. 321) [90]), — er kann aber auch auf Grund des a. 30 des Gesetzes über das Armenrecht in Justizsachen (assistance judiciaire) v. 22. Januar 1851 den Präsidenten um die Veranlassung der Vorladung der Zeugen ersuchen. Die Bitte wird bewilligt, wenn der Präsident die Mittellosigkeit nachgewiesen findet und erachtet, „daß die Aussage des Zeugen der Entdeckung der Wahrheit dienlich sein werde." Dieselbe Formel gilt zwar auch als Richtschnur für die Staatsanwaltschaft (a. 321). Dennoch ist es, abgesehen von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolges, keineswegs gleichgiltig, welcher Weg eingeschlagen wird. Der von der Staatsanwaltschaft, wenn auch auf Bitte des Angeklagten geladene Zeuge muß auf die Liste der Staatsanwaltschaft, welche dem Angeklagten mitzutheilen ist, gesetzt sein und erscheint in jeder Beziehung als Belastungszeuge. — Andererseits scheint aus a. 315 hervorzugehen, daß die dort erwähnte Liste die auf Befehl des Präsidenten geladenen Zeugen nicht umfasse; es wird daher weder nöthig sein, daß sie der Staatsanwalt dem Angeklagten, noch daß sie

---

[89]) Neben den Kosten der Ladung sind auch noch die Zeugengebühren von demjenigen zu bestreiten, der die Ladung bewirkt (a. 321).

[90]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Bewilligung ganz von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängt, und daß hierin (so lange dies der einzige Ausweg war) eine der auffallendsten Schattenseiten des französischen Strafprocesses lag, wenn gleich der Berichterstatter über den Entwurf des Gesetzes v. 22. Januar 1851 angibt, nach seiner Erfahrung habe die Staatsanwaltschaft von ihrem Rechte jederzeit einen nicht blos unparteiischen, sondern selbst weiten und großmüthigen Gebrauch gemacht. Hélie VII. 647.

dieser jenem mittheile. Der Zeuge ist aber, wenn er auf Ansuchen des Angeklagten vom Präsidenten geladen wird, im Uebrigen unzweifelhaft als Entlastungszeuge zu behandeln; namentlich ist er, ungeachtet seine Vorladung kraft des (allerdings ausnahmsweise schon vor der Hauptverhandlung ausgeübten) pouvoir discrétionnaire erfolgt, zu beeidigen.

Daß es sich um eine discretionäre Befugniß handle, ist unbestreitbar; und es mag daraus formell zu folgern sein, daß im Falle der Zurückweisung der Bitte keine förmliche Ordonnanz nöthig sei, und gewiß ist, daß dagegen kein eigentliches Rechtsmittel offen stehen könne[91]). Unbegreiflich wäre aber, wenn die C. E. v. 23. März 1855 wirklich, wie bei Rolland a. 321 n. 25 (nicht aber auch bei Hélie VIII 528) angegeben ist, ausgesprochen haben sollte, daß der Präsident nicht gehalten sei, dem Angeklagten die Ablehnung seiner Bitte zu eröffnen! Sollte wirklich zulässig sein, daß der Angeklagte durch solches Schweigen abgehalten wird, die Ladung des Zeugen auf andere Weise zu erwirken? —

IV. Aus den verschiedenen einzelnen Zeugenlisten hat die Staatsanwaltschaft eine Gesammtzeugenliste zu bilden, welche sie in der Hauptverhandlung nach der mündlichen Entwicklung der Anklage dem Gerichtshofe vorlegt. Diese Liste bildet die regelmäßige Grundlage des Beweisverfahrens; d. h. es gilt als Grundsatz, daß alle in dieser Liste verzeichneten Personen, und nur diese, in der Hauptverhandlung vernommen werden sollen.

Dieser Hauptgrundsatz erfährt jedoch vielfache Modificationen:

1. Es ist selbstverständlich, daß, wenn aus Versehen eine Person, ungeachtet ordnungsmäßiger Notification, aus der Liste weggeblieben ist, dies der Partei, auf deren Betrieb die Ladung erfolgte, nicht zum Nachtheile gereichen könne.

2. Wenn umgekehrt in der Liste eine Person aufgeführt ist, welche nicht gehörig notificirt wurde, so hat jene Partei, an welche die Mittheilung hätte geschehen sollen, das Recht, sich der Vernehmung des Zeugen zu widersetzen[92]). Wird aber der Einspruch nicht vor der

---

[91]) Das Recht, den Antrag in der Hauptverhandlung an den Assisenhof zu stellen, muß den Angeklagten wohl jedenfalls bleiben.

[92]) Eben daraus ergibt sich, daß der Civilpartei kein Einspruch zustehe. Carnot a. 315 obs. IX. Legraverend III. 180. Hélie VIII. 727.

Beeidigung [93]) des Zeugen erhoben, so ist damit jede etwa vorgefallene Unregelmäßigkeit gedeckt [94]), ja selbst dem Assisenhofe unmöglich gemacht, dieselbe zu berücksichtigen [95]). Der Zeuge muß in diesem Falle, wenn er vernommen wird, bei sonstiger Nichtigkeit beeidigt werden [96]). Erfolgt Einspruch [97]) (opposition), so hat der Gerichtshof darüber bei sonstiger Nichigkeit zu erkennen [98]). Der Gerichtshof hat dabei zu prüfen, ob die Mittheilung an die Partei rechtzeitig und in solcher Weise erfolgt sei, daß ihr die Persönlichkeit des Zeugen genügend bekannt wurde. Ist das der Fall (und gehörig nachgewiesen), so wird der Einspruch zurückgewiesen und der Zeuge beeidigt [99]). Im entgegengesetzten Falle muß dem Einspruche stattgegeben werden; allein es kann entwe-

---

[93]) Rolland a. 315 n. 76. C. vom 2. April 1831, s. auch Anspach p. 43. Anm. 7; dagegen Hélie VIII 727. Man muß dies wohl als Regel gelten lassen; denn sonst könnte die Partei durch Verzögerung des Widerspruches das Recht des Präsidenten illusorisch machen, den Zeugen unbeeidet zu vernehmen. Hélie freilich meint in einem ähnlichen Falle (VIII. 699), der Eid sei vom Assisenhofe für nichtig zu erklären oder doch thatsächlich annullirt, und er führt C. C. in diesem Sinne aus den Jahren 1831 und 1840 an. Allein ist dann nicht jeder irgend denkbare thatsächliche Unterschied zwischen Zeugen und Auskunftspersonen verwischt? — Eine andere Frage aber ist es, ob die Verspätung des Einspruches nicht durch die Umstände entschuldigt werden könne. So hat der C. H. (am 10. Juni 1830) in einem Falle, wo eine Namensverwechslung stattgefunden, und ein nicht in der Liste aufgeführter, aber unter dem Namen eines darin angegebenen, aufgerufener Zeuge beeidigt worden war, es gebilligt, daß der Gerichtshof den nach Entdeckung des Irrthums erhobenen Einspruch berücksichtige (Morin Vº. Témoin n. 11; Rolland a. 315 n. 77).

[94]) Hélie VIII. 585. Rolland a. 315 n. 62–68, a. 321 n. 8, Anspach p. 45. und die dort mitgetheilten belgischen Entscheidungen.

[95]) Helie VIII 730.

[96]) Rolland a. 315 n. 68–70. Rogron a. 315 verbis: opposer à l'audition. Von dem Falle, wo die Parteien auf die Beeidigung verzichten, ist hier nicht die Rede. Doch scheint es vorgekommen zu sein, daß man versuchte, aus dem pouvoir discrétionnaire auch ein Recht abzuleiten, vom Eide zu dispensiren, d. h. den ordnungsmäßig von der Partei vorgebrachten Zeugen zur Auskunftsperson herabzudrücken.

[97]) Wenn von mehreren Angeklagten auch nur einer Einspruch erhebt, muß dies genügen; bei widersprechenden Forderungen derselben scheint man die Zulassung oder Zurückweisung dem Ermessen des Gerichtshofes anheimzustellen (C. C. v. 29. December 1854; Rolland a. 315 n. 74), wohl mit Unrecht. Ist der opponirende Angeklagte in seinem Rechte, so kann daran der Verzicht des anderen Angeklagten nichts ändern.

[98]) Hélie VIII 477. C. C. vom 2. Oct. 1852. Rolland a. 315 n. 78, 79.

[99]) Vrgl. Anm. 81–86. Die Beurtheilung der Thatmomente ist dabei der inappellablen Entscheidung des Assisenhofes anheimgestellt; verletzt er aber bei dieser seiner Entscheidung eine Rechtsregel, so begründet das Nichtigkeit. Carnot a. 315 obs. VIII. „Ist die Formwidrigkeit so beschaffen, daß nichts sie rechtfertigen kann, und hat dennoch der Assisenhof den Einspruch zurückgewiesen, so muß der Cassationshof die Hauptverhandlung vernichten: denn da die Jury ihren Wahrspruch nicht begründen kann, gäbe es keine Gewißheit, daß derselbe nicht durch die gegen den Willen des Gesetzes erfolgte Zeugenvernehmung herbeigeführt sei." Legraverend III 181. Hélie VIII 596, 729 Rolland a. 315 n. 87, 88.

der der Zeuge kraft der Gewalt des Vorsitzenden unbeeidigt vernommen werden[100]), oder der Gerichtshof kann die Verhandlung abbrechen und die Sache bis zur nächsten Assisensitzung verschieben[101]).

3. Die Partei hat ein Recht darauf, daß ihre ordnungsmäßig auf die Liste gebrachten Zeugen auch wirklich, und zwar als Zeugen[102]), vernommen werden, so weit nicht gesetzliche Hindernisse entgegenstehen. Jedenfalls kann außerdem die Vernehmung nur deßhalb verweigert werden, weil der von den Zeugen zu bestätigende Umstand entweder schon als erwiesen, oder als unerheblich angesehen wird. Sowie der Umstand, daß die Ladung fehlt oder nicht gehörig war, die Vernehmung des nicht erschienenen Zeugen nicht hindert; ebenso wenig der, daß der Zeuge sich erst nach dem Aufruf der Zeugen oder selbst an einem späteren Sitzungstage einstellt[103]).

Die Frage, ob alle Zeugen vernommen werden müssen, zumal alle vorgeschlagenen Entlastungszeugen, ist verschiedenartig behandelt worden[104]). Es kommen Aussprüche vor, wie: das Gesetz lege dem Assisenhof nicht die Pflicht auf, alle Entlastungszeugen ohne Unterschied zu vernehmen, welche vorzuladen dem Angeklagten gefällt (Entsch. vom 8. Nov. 1816), — der Assisenhof sei nicht gehalten, alle Belastungs- und Entlastungszeugen in was immer für einer Zahl zu vernehmen, er könne diejenigen beseitigen, deren Aussagen ihm nur dazu zu dienen scheinen, die Verhandlung ohne Nutzen für Entdeckung der Wahrheit zu verlängern (Entsch. vom 19. April 1821). Indeß weist Hélie nach, daß in allen jenen Fällen, wo solche Motive für die Zurückweisung

[100]) Die Vernehmung des eben durch Spruch des Assisenhofes zurückgewiesenen Zeugen als durch des Präsidenten Befugniß berufene Auskunftsperson beruht auf einer ganz unbestrittenen Praxis. Hélie VIII 458. Rolland a. 269 a. 27. a. 315 n. 81. Sie scheint auch den Wortlaut des a. 315 für sich zu haben; und doch, da dieser nur das Recht wahrt, noch andere Personen, als welche die Parteien laden ließen, zu vernehmen, darf man fragen, ob wirklich das Gesetz einen so widerspruchsvollen Vorgang autorisirt. Auch Ruppenthal scheint dieser Ansicht zu sein (Materialien S. 211).

[101]) Hélie VIII 586.

[102]) Der Anm. 96 erwähnte Vorgang, Zeugen, welche ordnungsmäßig auf der Liste stehen, oder bezüglich welcher der Assisenhof das Gegentheil noch nicht ausgesprochen hat, durch Anwendung des pouvoir discret. zu Auskunftspersonen zu machen, und ihnen dadurch den Zeugencharakter zu nehmen, ist durch zahlreiche C. C. für unzulässig erklärt. Er begründet Nichtigkeit, weil das erforderliche Erkenntniß des Assisenhofes nicht ergeht. Rolland a. 315 n. 50, 51, 68, 78, a. 321 n. 10. — Selbst wenn die Notification nicht ordnungsmäßig war, der Gegner aber nicht opponirt, sind die Zeugen eidlich zu vernehmen. Rolland a. 321 n. 8.

[103]) Es war dies eine Zeit lang bestritten. Rolland a. 56, 57.

[104]) Hélie VIII 686 ff.

Beeidig [illegible] zumeist die unterbliebene Recla-
Unreg [illegible] die Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde
diese [illegible]
er [illegible]
so [illegible]

[illegible] Partei kann zwar auf die Vernehmung der von ihr gerufenen Zeugen [106]), sowie auf ihre formellen Einwendungen [107]) gegen die Zeugen der Gegenpartei giltig verzichten; allein dieser Verzicht für sich allein genügt nicht, um die Weglassung des einmal in die Liste eingetragenen Zeugen zu rechtfertigen. Formell ist dazu ein Erkenntniß des Assisenhofes [108]), eventuell die Zustimmung des Gegners,

[105]) Vrgl. übrigens Rolland a. 315 n. 41, 42, 44. 50; a. 321 n. 15 -17. 19. Unter den von ihm erwähnten C. Entscheidungen sind namentlich die v. 5. Nov. 1812, 18. Juni 1813 und 3. Nov. 1814 hervorzuheben, welche erklären, daß der Assisenhof nur formell gehalten sei, über den Antrag des Angeklagten zu erkennen; die hiedurch ausgesprochene Verweigerung der Vernehmung aber keinen Nichtigkeitsgrund bilde – was, so schroff durchgeführt, die tiefgreifendste Beeinträchtignng der Partei der Controle des Cassationshofes entziehen würde. Dagegen wieder die Entscheidung vom 29. October 1808, welche kategorisch dem Assisenhofe die Pflicht auferlegt, die Zeugen zu vernehmen, deren Verhör sur des faits qui tendent à sa justification er verlangte. Endlich die Brüsseler Entsch. vom 25. Mai 1818, daß nur aus besonderen Gründen die Vorladung des Präsidenten als Entlastungszeuge gestattet werden könne. Rolland a. 321 n. 20.

[106]) Hélie VIII 728. Rolland a. 315 n. 42—49. 51. 71, a. 321 n. 8, 11. 12. Der Verzicht kann auch ein stillschweigender sein; wenigstens genügt dies, um einen Nichtigkeitsgrund auszuschließen. Das Motiv des Verzichtes ist gleichgiltig; selbst wenn es ein irriges war, ja selbst, wenn es auf einem Rechtsirrthume beruhte, obgleich letzteres bezweifelt wird (Hélie VIII 725; vrgl. Rolland a. 315 n. 46). Es scheint mir, daß man auch hier unterscheiden müßte, nicht zwischen den Quellen des Irrthums, sondern der Art, wie die Partei ihn geltend macht. Wenn die Partei auf den irrthümlichen Verzicht an sich eine Nichtigkeitsbeschwerde stützt, so wird diese mit Recht zurückgewiesen. Folgt aber daraus, daß der Assisenhof in seinem Rechte sei, wenn er der Partei, die unter Darlegung ihres Irrthumes nachträglich die Vernehmung fordert, mit der Berufung auf ihren unwiderruflichen Verzicht den Mund schließt? Ja, würde in einem solchen Falle nicht unter Umständen auch die Vernichtung der Verhandlung gerechtfertigt sein? Einen Anhaltspunkt dafür bietet übrigens auch die Behandlung der unten zu erörternden Frage über die Vernehmung verspätet erscheinender Zeugen.

[107]) Helie VIII 730, 732.

[108]) „Ein regelmäßig geladener Zeuge kann selbst mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten nur durch ein Erkenntniß des Assisenhofes von der Liste gestrichen werden" (C. Entscheidungen v. 30. Juni 1831, 12. Januar 1837, 22. Mai 1835; Hélie VIII 728, Rolland a. 315 n. 49). So bestimmt dieser Satz klingt, so muß er doch mit großer Vorsicht aufgefaßt werden; er ist offenbar nur für die Frage giltig, ob über einen bestrittenen Antrag auf Weglassung eines Zeugen der Präsident oder der Assisenhof zu entscheiden habe; dagegen kann man Angesichts der zahlreichen Entscheidungen, welche sich selbst mit der stillschweigenden Zustimmung der Parteien, mit ihrem Schweigen begnügen, nicht daran zweifeln, daß die Constatirung dieser Zustimmung beider Theile im Protokolle genügend sei, — streng genommen sogar, daß keine Reclamation erhoben wurde. Hier sei nur die im Falle Laronciere ergangene C. E. vom 21. August 1835 erwähnt (Rolland a. 315 n. 71, 72), welche anerkennt, daß, wo kein Parteienstreit besteht, kein Erkenntniß des Assisenhofes nöthig sei, und daß daher in einem solchen Falle der Präsident den Wegfall des Zeugen verfügen könne. Ver-

oder doch wenigstens die Würdigung der von ihm vorgebrachten Gründe erforderlich. Der Gedanke der Gemeinschaftlichkeit des einmal angebotenen Beweismittels ist namentlich in negativer Form durch zahlreiche Erkenntnisse gewahrt, welche den Verzicht des Producenten immer nur unter der Voraussetzung, daß der Product zustimmte oder nicht widersprach, für entscheidend erklärten [109]). Dennoch kann man unmöglich annehmen, daß die Regel kategorische Geltung habe. Da nämlich der Assisenhof nicht unbedingt den von der Partei angebotenen Zeugen zulassen muß, so wird sich um so weniger behaupten lassen, daß der Gerichtshof berufen sei, die Gründe zu prüfen, um derentwillen der Product dem Verzicht des Producenten entgegentritt [110]).

5. Bleiben Zeugen aus, welche ordnungsmäßig geladen sind, so steht dem Generalprocurator das Recht zu, vor der Eröffnung der Hauptverhandlung durch die Vernehmung des ersten Zeugen, die Verweisung der Sache vor die nächste Assisensitzung zu begehren (a 354) [111]). Der Gerichtshof ist an diesen Antrag nicht gebunden [112]);

---

gleiche übrigens in diesem Sinne die bei Rolland a. 321 n. 12 und 14 angeführten C. Entsch., zumal die vom 25. Jänner 1849, welche selbst die Vernehmung der Staatsanwaltschaft über den formellen Verzicht des Angeklagten für unnöthig erklärt, — was übrigens gewiß nur bedeutet, daß die unterbliebene ausdrückliche Befragung keine Nichtigkeit begründe.

[109]) Rolland a. 315 n. 11, 40, 44, 45, 47, 75. Vrgl. Hélié VIII 724.

[110]) Steht dieses Recht, die Vernehmung eines Zeugen, auf den der Producent verzichtet, zu begehren, auch der Civilpartei zu? Ich glaube, daß die Frage bejahend zu entscheiden sei, wenigstens hinsichtlich der für die Staatsanwaltschaft geladenen Zeugen. Es ergibt sich dies aus der accessorischen Stellung der Civilpartei, vermöge welcher sie berechtigt und darauf angewiesen ist, sich der von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Behelfe auch für ihre Zwecke zu bedienen.

[111]) Vrgl. Anm. 78.

[112]) Hélie VIII 670. Rolland a. 354 n. 16, 17, 25. Anspach p. 123, 124. Es ist entschieden worden: a) daß der Assisenhof die Vertagung auch gegen den Antrag des Staatsanwaltes; b) ja selbst ohne Anhörung desselben aussprechen, andererseits c) den Antrag des Staatsanwaltes auf Verschiebung zurückweisen könne. Damit ist der a. 354. so weit er etwas für die Staatsanwaltschaft Eigenthümliches verfügen sollte, vollständig durchlöchert, allerdings zunächst deshalb, weil sich a. 353 (d. h. die Vorschrift, daß die einmal begonnene Verhandlung nicht abgebrochen werden dürfe) in der Praxis nicht zu halten vermochte, dann aber noch aus einem eigenthümlichen Grunde: Art. 354 C. d'Instr. ist die gedankenlose Uebertragung des a. 419 des Code de délits; in diesem Artikel aber war das dem öffentlichen Ankläger allein eingeräumte Recht, die Vertagung zu begehren, wenigstens dadurch erklärt, daß andererseits der Angeklagte überhaupt nicht die Pflicht hatte, seine Zeugen vorher namhaft zu machen. Im Code d'Instr. aber, wo ihm dieser Vortheil entzogen wurde, war das Privilegium der Staatsanwaltschaft zu drückend, um ertragen werden zu können. Das ändert aber nichts daran, daß die willkürliche Auslegung, welche nöthig war, um das Privilegium zu brechen, überhaupt keine feste Form stehen ließ, und daß die Verwirrung noch durch die fortwährende Verwechslung der Fragen, ob eine Förmlichkeit einzuhalten sei, oder ob ihre Vernachlässigung Nichtigkeit zur Folge

er kann eine bloße Verschiebung auf einen späteren Tag derselben Sitzung verfügen[113]), oder aussprechen, daß ungeachtet des Ausbleibens des Zeugen in der Sache weiter zu gehen sei[114]). Gegen dieses Erkenntniß gibt es kein Rechtsmittel[115]). Dagegen kann der Assisenhof selbst von demselben wieder abgehen, wenn das Erscheinen des Zeugen die Verhandlung und dessen Vernehmung möglich machte, oder umgekehrt, wenn der Verlauf der Verhandlung ergibt, daß die Vernehmung des Ausgebliebenen nicht entbehrt werden könne[116]).

V. Sowie die Abgrenzung zwischen Zeugen und Sachverständigen überhaupt nicht streng durchgeführt ist, so bleibt auch einiger Zweifel darüber, welchen Einfluß die Parteien auf die Vorladung von Sachverständigen üben können. Man muß aber wohl unterscheiden zwischen einer förmlichen Beweisaufnahme durch Kunstverständige (expertise), wobei diese Befund (rapport) und Gutachten (avis) abgeben (art. 44 C. d'Instr.), und der bloßen Abgabe eines Gutachtens. Die Expertise kann nur (von Amtswegen oder auf Antrag der Parteien) im Wege der Zwischenuntersuchung vom Präsidenten, oder in der Hauptverhandlung vom Gerichtshofe oder auch vermöge der discre-

habe, gesteigert wurde. — Man kann aber gewiß nur Hélie beistimmen, wenn er verlangt (VIII 677), daß der Präsident in jedem Falle, wo ein Zeuge ausbleibt, beide Theile zur Vorbringung ihrer Bemerkungen auffordere und hierauf erst den Assisenhof entscheiden lasse. Das bloße Uebersehen sollte freilich keine Nichtigkeit begründen, wohl aber die ausdrückliche Verweigerung des Gehörs oder die unterbliebene Bekanntmachung des Wegfalles eines Zeugen. Und wenn ferner Manche die im a. 354 offenbar dem Generalprocurator zugedachte Bevorzugung darauf beschränken, daß es Nichtigkeit begründe, wenn der Generalprocurator nicht befragt worden; nicht aber, wenn der Gerichtshof dem Angeklagten lediglich überlassen hat, sich auszusprechen oder nicht (Anspach 125), so ist dagegen kaum etwas anderes zu sagen, als daß es auch in jenem Falle an einer ausdrücklichen Nichtigkeitsandrohung fehle.

[113]) Hélie VIII 675. Rolland a. 354 n. 8.

[114]) Es ist nicht nöthig, daß dieses Erkenntniß motivirt werde, „da es eine bloße proceßleitende Verfügung enthält" (étant de pure instruction) Entscheidung v. 2. Juni 1831. Rogron a. 354, Hélie VIII 813. Rolland a. 354 n. 24.

[115]) Hélie VIII 677. Rolland a. 354 n. 13, 14. Der Grund, der gewöhnlich dafür angegeben wird, daß die Verschiebung nur facultativ sei, scheint mir nicht zu genügen. Es kann unmöglich richtig sein, daß den Parteien die wichtigsten Beweismittel abgesprochen werden können, ohne daß durch ein motivirtes Erkenntniß der Cassationshof in die Lage versetzt wird, die Gründe zu würdigen, zu prüfen, ob nicht die materielle Vertheidigung durch die Verfügung des Assisenhofes vereitelt, ja unmöglich gemacht worden sei. Was ist dagegen die Verletzung einer bloßen Förmlichkeit?

[116]) Rolland a. 19, 20. Hier ist auch der Fall zu erwähnen, wo die Partei, weil ein Zeuge bei Verlesung der Liste fehlte, auf dessen Vernehmung verzichtete, der Zeuge aber später sich einstellt. Selbst wenn dies förmlich erklärt wurde, oder ein Erkenntniß erging, daß ohne Rücksicht auf den Ausgebliebenen weiter zu verfahren sei, muß der später Erscheinende unter Eid gehört werden. Rolland a. 315 n. 56, 57.

tionären Gewalt des Präsidenten angeordnet werden[117]), wobei dann auch die Benennung der Sachverständigen erfolgt[118]). Dagegen scheint es nicht als unzulässig angesehen zu werden, daß die Parteien einen Sachverständigen auf die Zeugenliste setzen, und daß dieser dann unter Zeugeneid sein Gutachten abgibt[119]).

VI. Schriften. Der Staatsanwaltschaft, wie dem Angeschuldigten ist schon während der Voruntersuchung die Möglichkeit geboten, Schriftstücke, die ihnen für die Sache erheblich scheinen, dem Untersuchungsrichter vorzulegen und sie so zu den Acten zu bringen. Dasselbe gilt wohl auch von der Zwischenuntersuchung. Die Herbeischaffung von Urkunden und Actenstücken, die der Angeklagte in der Hauptverhandlung gebrauchen will, hat er in der Regel selbst und auf seine Kosten zu bestreiten. Doch ermächtigt das Gesetz vom 22. Jänner 1851 den Präsidenten, in gleicher Weise wie die Zeugenvorladungen, auch die Vorlegung und Beglaubigung von Actenstücken jeder Art zu Gunsten des mittellosen Angeklagten von Amtswegen anzuordnen[120]).

[117]) Hélie V 648, VIII 778. Dalloz n. 2173 s. Morin V. Expertise.

[118]) Hélie VIII 779.

[119]) Siehe namentlich Morin (l. c. n. 5), welcher bezeugt, daß die Praxis Personen, welche in der Hauptverhandlung nur Auseinandersetzungen und Erklärungen bieten, weit eher als Zeugen, denn als Sachverständige ansehe. (Vrgl. auch die bei Dalloz n. 2175 mitgetheilte C. C. v. 5. Juni 1837). Man hat es sogar als zulässig angesehen, daß der Sachverständige, welcher in der Hauptverhandlung über die Untersuchungen berichtet, die er als solcher während der Voruntersuchung vornahm, dies unter Zeugeneid thue (C. C. vom 8. Januar 1846 und zahlreiche andere; s. Hélie VIII 781, der dies mit Recht tadelt). Allein diese feststehende Praxis erklärt es, daß es keine Schwierigkeiten zu machen scheint, wenn die Partei einen Sachverständigen auf die Zeugenliste setzt. — Streitig dagegen ist, ob der als Zeuge Vorgeladene, ohne Verzicht der vorladenden Partei, als Sachverständiger fungiren könne, oder ob er gegen Ablegung beider Eide beide Stellungen verbinden könne. Hélie VIII 780; dagegen Rolland a. 315 n. 54 und 55.

[120]) Hélie VIII 527, 528. — Die Vorlesung eines Actenstückes, das nicht zu den Untersuchungsacten gehört, ist übrigens dermaßen dem Ermessen des Präsidenten anheimgegeben, daß selbst der Assisenhof, und zwar selbst mit Zustimmung des Angeklagten, dieselbe nicht giltig beschließen kann (C. C. v. 30. December 1832, 13. Juni 1839, 18. Juli 1844 ff.). Hélie (VIII 784) glaubt damit dem Angeklagten helfen zu dürfen, daß er dem Vertheidiger das Recht wahrt, im Plaidoyer von dem — nicht vorgelesenen — Actenstücke Gebrauch zu machen! —

Ende des ersten Bandes.

Ex. A. f. P.
12/22/64.

C. Ueberreuter'sche Buchdruckerei (M. Salzer).

Das Richtige scheint nun zu sein, daß, wenn schon dem Gerichtshofe das Recht zugesprochen wird, Zeugenvernehmungen während der Hauptverhandlung anzuordnen, den Parteien nur mehr das Recht bleiben sollte, einen hierauf gehenden Beschluß des Gerichtshofes zu beantragen, während andererseits in solchem Falle der Gegenpartei 24 Stunden zu Erkundigungen um die Person des Zeugen auf ihr Verlangen offen gelassen werden sollten.

Ueber den Vorgang bei der Einbringung einer Nachtragsliste bemerkt Legraverend: dieselbe sei bei Beginn jener Sitzung, welche dem Ablaufe der 24stündigen Mittheilungsschrift folge, vorzulegen.

III. Dem Angeklagten, welchem die Mittel zur Bestreitung der Ladung von Zeugen fehlen [89]), sind jetzt zwei Wege geöffnet: er kann sich an den Generalprocurator wenden und diesen um die Aufnahme der von ihm vorgeschlagenen Personen in die Liste der Staatsanwaltschaft ersuchen (a. 321) [90]), — er kann aber auch auf Grund des a. 30 des Gesetzes über das Armenrecht in Justizsachen (assistance judiciaire) v. 22. Januar 1851 den Präsidenten um die Veranlassung der Vorladung der Zeugen ersuchen. Die Bitte wird bewilligt, wenn der Präsident die Mittellosigkeit nachgewiesen findet und erachtet, „daß die Aussage des Zeugen der Entdeckung der Wahrheit dienlich sein werde." Dieselbe Formel gilt zwar auch als Richtschnur für die Staatsanwaltschaft (a. 321). Dennoch ist es, abgesehen von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Erfolges, keineswegs gleichgiltig, welcher Weg eingeschlagen wird. Der von der Staatsanwaltschaft, wenn auch auf Bitte des Angeklagten geladene Zeuge muß auf die Liste der Staatsanwaltschaft, welche dem Angeklagten mitzutheilen ist, gesetzt sein und erscheint in jeder Beziehung als Belastungszeuge. — Andererseits scheint aus a. 315 hervorzugehen, daß die dort erwähnte Liste die auf Befehl des Präsidenten geladenen Zeugen nicht umfasse; es wird daher weder nöthig sein, daß sie der Staatsanwalt dem Angeklagten, noch daß sie

---

[89]) Neben den Kosten der Ladung sind auch noch die Zeugengebühren von demjenigen zu bestreiten, der die Ladung bewirkt (a. 321).

[90]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Bewilligung ganz von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängt, und daß hierin (so lange dies der einzige Ausweg war) eine der auffallendsten Schattenseiten des französischen Strafprocesses lag, wenn gleich der Berichterstatter über den Entwurf des Gesetzes v. 22. Januar 1851 angibt, nach seiner Erfahrung habe die Staatsanwaltschaft von ihrem Rechte jederzeit einen nicht blos unparteiischen, sondern selbst weiten und großmüthigen Gebrauch gemacht. Hélie VII. 647.

dieser jenem mittheile. Der Zeuge ist aber, wenn er auf Ansuchen des Angeklagten vom Präsidenten geladen wird, im Uebrigen unzweifelhaft als Entlastungszeuge zu behandeln; namentlich ist er, ungeachtet seine Vorladung kraft des (allerdings ausnahmsweise schon vor der Hauptverhandlung ausgeübten) pouvoir discrétionnaire erfolgt, zu beeidigen.

Daß es sich um eine discretionäre Befugniß handle, ist unbestreitbar; und es mag daraus formell zu folgern sein, daß im Falle der Zurückweisung der Bitte keine förmliche Ordonnanz nöthig sei, und gewiß ist, daß dagegen kein eigentliches Rechtsmittel offen stehen könne[91]). Unbegreiflich wäre aber, wenn die C. E. v. 23. März 1855 wirklich, wie bei Rolland a. 321 n. 25 (nicht aber auch bei Hélie VIII 528) angegeben ist, ausgesprochen haben sollte, daß der Präsident nicht gehalten sei, dem Angeklagten die Ablehnung seiner Bitte zu eröffnen! Sollte wirklich zulässig sein, daß der Angeklagte durch solches Schweigen abgehalten wird, die Ladung des Zeugen auf andere Weise zu erwirken? —

IV. Aus den verschiedenen einzelnen Zeugenlisten hat die Staatsanwaltschaft eine Gesammtzeugenliste zu bilden, welche sie in der Hauptverhandlung nach der mündlichen Entwicklung der Anklage dem Gerichtshofe vorlegt. Diese Liste bildet die regelmäßige Grundlage des Beweisverfahrens; d. h. es gilt als Grundsatz, daß alle in dieser Liste verzeichneten Personen, und nur diese, in der Hauptverhandlung vernommen werden sollen.

Dieser Hauptgrundsatz erfährt jedoch vielfache Modificationen:

1. Es ist selbstverständlich, daß, wenn aus Versehen eine Person, ungeachtet ordnungsmäßiger Notification, aus der Liste weggeblieben ist, dies der Partei, auf deren Betrieb die Ladung erfolgte, nicht zum Nachtheile gereichen könne.

2. Wenn umgekehrt in der Liste eine Person aufgeführt ist, welche nicht gehörig notificirt wurde, so hat jene Partei, an welche die Mittheilung hätte geschehen sollen, das Recht, sich der Vernehmung des Zeugen zu widersetzen[92]). Wird aber der Einspruch nicht vor der

---

[91]) Das Recht, den Antrag in der Hauptverhandlung an den Assisenhof zu stellen, muß den Angeklagten wohl jedenfalls bleiben.

[92]) Eben daraus ergibt sich, daß der Civilpartei kein Einspruch zustehe. Carnot a. 315 obs. IX. Legraverend III. 180. Hélie VIII. 727.